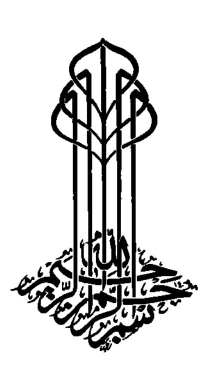
أحكام الأحوال الشخصية

في الشريعة الإسلامية

عبد الوهاب خلاف




أحكام الأحوال الشخصية
في الشريعة الإسلامية





على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم

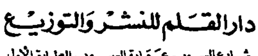
تأليف
عبد الوهاب خلاف

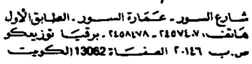


الطبعة الثانية

١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م




دار القلم للنشر والتوزيع


شارع السور - عمارة السور - الطابق الأول
هاتف: ٢٤٥٧٤٠٧ - ٢٤٥٨١٧٨ - برقيا: توزيعكو
ص.ب ٢٠١٤٦ الصفاة: 13062 الكويت

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الزواج :	
تعريفه	١٥
حكمة تشريعه	١٥
الخطبة – مقدمات الزواج	١٨
من تباح خطبتها	١٩
التهادى وقراءة الفاتحة	٢١
أركان الزواج	٢٢
شروط انعقاده	٢٤
شروط صحته	٢٦
شروط نفاذه	٢٨
شروط لزومه	٢٨
شروط سماع الدعوى به قانونا	٢٩
تحديد السن لسماع دعوى الزواج	٣٠
تحديد السن لمباشرة عقد الزواج رسميا	٣٣
صيغة العقد إما منجزة أو معلقة أو مقترنة أو مضافة	٣٦
حكم الزواج :	
الزواج إما فرض أو واجب أو مسنون	٣٨
حكم الزواج الباطل	٣٩
حكم الزواج الفاسد	٣٩
حكم الزواج الموقوف	٤١
حكم الزواج النافذ	٤١
المحرمات من النساء :	
حكمة تحريمهن	٤٣
المحرمات تحريما مؤبدا – بسبب النسب	٤٥

الموضوع	الصفحة

المحرمات تحريما مؤبدا بسبب المصاهرة ٤٥
المحرمات تحريما مؤبدا بسبب الرضاع ٤٧
المحرمات تحريما مؤقتاً – زوجة الغير ومعتدته ٥١
الجمع بين محرمين ٥٢
الجمع بين أكثر من ٤ .... ٥٣
المطلقة ثلاثا ٥٤
من لا تدين بدين سماوى ٥٥
الأمة على الحرة ٥٦

الولاية على الزواج :

من تثبت على نفسه الولاية ٥٩
من تثبت لهم هذه الولاية وترتيبهم ٥٩
شروط الولى ٦١
غيبة الولى وعضله ٦٢
أحكام تزويج الأولياء ٦٣

الوكالة بالزواج :

متى ينفذ تزويج الوكيل على موكله ومتى لا ينفذ ٦٥
الفرق بين توكيل الرجل غيره وتوكيل المرأة غيرها ٦٨

الكفاءة فى الزواج :

ما يعتبر التكافؤ فيه ٦٩
من له حق فى الكفاءة ٧١
فيمن تعتبر ومتى تعتبر ٧٣

حقوق الزوجة (١) المهر :

سبب وجوبه ودليله ٧٤
مقدار حده الأدنى ٧٥
ما يصح أن يسمى مهرا ٧٦

الموضوع | الصفحة

من له الحق فى المهر ٧٦
متى يكون المهر الواجب عشرة دراهم ٧٨
متى يكون المهر الواجب مهر المثل ٨٠
متى يكون المهر الواجب المسمى فى العقد ٨٠
متى يكون المهر الواجب الأقل منهما ٨٠
زيادة المهر والحط منه ٨٠
متى يكون للزوجة مهرها بتمامه ٨٢
متى يكون للزوجة نصف المهر ٨٤
متى يكون للزوجة المتعة ٨٨
متى لا يجب للزوجة شىء من المهر ٩٠
اقتران المهر بشرط ٩٠
قبض المهر والتصرف فيه ٩٢
ضمان المهر ٩٤
هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه ٩٦
قضايا المهر ٩٦
الجهاز وأثاث البيت والنزاع بشأنهما ١٠١

(٢) النفقة :

دليل وجوبها وسبب استحقاقها وشرطه ١٠٤
من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا تستحق ١٠٥
تقدير النفقة وأساسه ١٠٨
نفقة زوجة الغائب ١١١
متى تكون نفقة الزوجة دينا على الزوج ١١٣

(٣) عدم الإضرار بها :

دليله وما يترتب عليه ١١٧

(٤) العدل بين الزوجات ١١٨
حقوق الزوج على زوجه (١) الطاعة ١١٩
(٢) ولاية التأديب ١٢٠

الموضوع | الصفحة

الحقوق المشتركة بينهما :

حسن المعاشرة - حرمة المصاهرة - التوارث ١٢٠

زواج المسلم بالكتائبيات ١٢١

زواج غير المسلمين بعضهم ببعض ١٢٤

الطلاق :

تعريفه ١٢٨

حكمة تشريعه والنظام الذى شرع عليه ١٢٩

من يقع منه الطلاق ١٣١

من يقع عليها الطلاق ١٣٣

ما يقع به الطلاق ١٣٤

عدد الطلقات ١٣٦

صيغة الطلاق إما منجزة أو معلقة أو مضافة أو يمين ١٣٧

متى يقع الطلاق رجعيا ومتى يقع بائنا ١٣٩

حكم الطلاق :

الطلاق إما محظور أو واجب أو مندوب ١٤١

حكم الطلاق الرجعى ١٤٤

حكم الطلاق البائن بينونة صغرى ١٤٦

حكم الطلاق البائن بينونة كبرى ١٤٦

حكم طلاق المريض مرض الموت ١٤٧

تفويض الطلاق إلى الزوجة ١٤٩

الخلع ١٥٢

تطليق القاضى بناء على طلب الزوجة

لعدم الإنفاق ١٥٩

للعيب ١٦٢

للضرر ١٦٤

لغيبة الزوج سنة فأكثر بلا عذر ١٦٤

الموضوع — الصفحة

لحبس الزوج ١٦٥
فرقة الزواج بالفسخ ١٦٥

العدة :

تعريفها وسبب وجوبها ١٦٧
حكمة تشريعها ١٦٨
أنواعها – بالحيضات ١٦٨
أنواعها بالأشهر ١٦٩
أنواعها بوضع الحمل ١٧٠
تحول العدة من نوع إلى نوع ١٧٠
مبدأ العدة ١٧٢
واجب المعتدة ١٧٣
نفقة المعتدة – سبب وجوبها – ومن يستحقها – ومن لا يستحقها وأقصى مدة تستحق فيها ١٧٤

الأولاد :

ثبوت النسب بالفراش – حال الزوجية بعد الفرقة ١٧٧
ثبوت النسب بالإقرار ١٨٤
ثبوت النسب بالبينة ١٨٦

اللقيط :

التقاطه والولاية عليه ونسبه ١٨٧

الرضاعة :

الرضاعة من أسباب التحريم ١٩٠
الرضاعة متى تجب على الأم ١٩١
متى يستحق الأجر عليها ١٩٢

الموضوع | الصفحة

الحضانة :

تعريفها ، ومن لهم الحق فيها ، وترتيبهم ١٩٤
شروط الحضانة ، والأجرة عليها ومدتها ١٩٥
سفر الحاضنة ١٩٩
بعد انتهاء مدة الحضانة ٢٠٠

النفقة الواجبة للفروع :

على أبيهم ٢٠٢
على غير أبيهم ٢٠٣

النفقة الواجبة للأصول :

على الفروع وغيرهم ٢٠٦
نفقة ذوى الأرحام ٢٠٧
نفقة زوجة المستحق للنفقة ٢١١

مقارنة بين نفقة الزوجة ونفقة الأقارب :

من جهة علة الوجوب ٢١٢
من جهة صيرورتها على من تجب عليه ٢١٣
من جهة الاختصاص القضائى ٢١٣
من جهة أساس التقدير ٢١٤

الحجر :

تعريفه ودليل شرعيته ٢١٤
حكمة تشريعه وأسبابه ٢١٥
تصرفات الصغير غير المميز والمجنون ٢١٧
تصرفات الصغير المميز والمعتوه ٢١٨
تصرفات السفيه وذى الغفلة ٢١٨
تصرفات المدين ٢٢٠

الموضوع | الصفحة
رفع الحجر ٢٢٠

الولاية على المال :

من له الولاية ومن عليه الولاية ٢٢٢
ولاية الأب ٢٢٢
ولاية وصى الأب ٢٢٤
ولاية الجد ووصيه ٢٢٩
ولاية القاضى ووصيه ٢٢٩
مقارنة بين ما عليه العمل الآن وما تقدم ٢٣٠
محاسبة الوصي وأجره شرعًا وقانونا ٢٣٣
موت الأب أو وصيه مجهلا ٢٣٤

المفقود :

تعريفه – الوكيل عنه – الولاية على ماله ٢٣٦
أحكامه ومتى يحكم بموته وما يترتب على ذلك ٢٣٧

المريض مرض الموت :

تعريفه – تصرفاته – دين الصحة ودين المرض ٢٣٩

الهبة – تعريفها :

ركنها ، انعقادها بالفعل وبالقول ٢٤٣
شروطها – فى الواهب ٢٤٥
فى الموهوب له ٢٤٦
فى صيغة الهبة ٢٤٦
فى الشيء الموهوب ٢٤٧
قبض الموهوب ٢٤٩
هبة الفرز المنفصل عن غيره ٢٥٠
هبة المشاع ٢٥٠
هبة المتصل بغيره ٢٥١

الموضوع	الصفحة

الهبة بشرط العوض ٢٥٢
حكم الهبة وموانع الرجوع فيها ٢٥٢

الوصية :

تعريفها ، ركنها ٢٥٥
شروطها – فى الموصى ٢٥٧
فى الموصى له ٢٥٧
فى الموصى به ٢٥٩
نفاذ الوصية ٢٥٩
المال الذى تنفذ فيه الوصية ٢٦١
الوصية بالمنفعة ٢٦٢
حكم الوصية ٢٦٣
القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .... ٢٦٤
القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .... ٢٦٧

بســـم الله الرحمــن الرحيــم

اللهم لك الحمد . أقمت الدليل ، فأنرت السبيل . وأرسلت المرسلين . مبشرين ومنذرين . وقلت وقولك الحق ﴿ **اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا** ﴾ .

وهذه أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية جمعت فيها بين مذهب أبى حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم الشرعيه المصرية من المذاهب الاخرى . وراعيت قدر استطاعتى أن أبسط عبارة الحكم واقرنه بدليله وحكمة تشريعه . وأذكر مواد القوانين الموضوعية التى أخذت من المذاهب الأخرى والأسباب الباعثة على الأخذ بها . وما صدر بشأنها من المنشورات والمذكرات الإيضاحية .

وإنى أعترف بالفضل للسابقين . وأسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء ويوفقنى إلى ما أبتغيه . من خدمة الفقه الإسلامى ونفع طالبيه ،

رجب سنة ١٣٥٥ هـ أكتوبر سنة ١٩٣٦ م

عبد الوهاب خلاف

الـــزواج

تعريفه : الزواج فى اللغة هو الاقتران والازدواج يقال زوَّج الرجل إبله إذا قرن بعضها ببعض ومنه قوله تعالى : ﴿ **أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم** ﴾ أى وقرناءهم ، والفعل يتعدى بنفسه وبالحرف يقال تزوجت فلانة وتزوجت بها ، وزوجنيها ولِيُّها وزوجنى بها .

وفى الشرع هو عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع . ويجعل لكل منهما حقوقا قبل صاحبه وواجبات عليه ، فهو من عقود التمليك والملك فيه وارد قصدا على متعة كل واحد من الزوجين بالآخر ولذا عرفه بعض الفقهاء بقوله : هو عقد يرد على ملك المتعة قصداً .

فمتى تحققت أركان العقد وتوفرت شرائطه الشرعية حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر بعدما كان حراما عليهما . واستحقت الزوجة على زوجها المهر ، والنفقة ، والعدل بينها وبين ضرائرها إذا تعددت الزوجات واستحق الزوج على زوجته الطاعة ، وولاية التأديب المشروع ، وعدم خروجها عن إذنه ، واستحق كل منهما على الآخر حسن المعاشرة ، وحرمة المصاهرة ، والتوارث ، وسنبين بالتفصيل حقوق الزوجية وواجباتها الخاصة المشتركة .

حكمة تشريعه : شرع الله الزواج وأحكامه لحكم عدة :

(**أولها**) — بقاء النوع الإنسانى على أكمل وجوه البقاء إلى الأجل الذى قدر الله أن ينتهى بقاء الإنسان إليه ، وبيان ذلك أن مجرد بقاء النوع يتحقق بمجرد الاختلاط بين ذكوره وإناثه وتوالدهما . كما بقيت أنواع الحيوانات بمجرد اجتماع ذكورها بإناثها . ولكن الله سبحانه تكريماً للنوع الإنسانى شرع الزواج وأحكامه نظاماً لاجتماع أفراده ليكون بقاؤهم على أكمل وجوه البقاء لأن موجب الزواج

الشرعى الاختصاص وأن تكون الزوجة حلالا لزوجها وحده لا يملك غيره حق الاستمتاع بها . وهذا الاختصاص يجعل بقاء النوع الإنسانى على أكمل وجوه البقاء من ناحيتين ، إحداهما أنه يحول دون تزاحم عدة من الرجال على امرأة واحدة فيأمن الناس التظالم والتقاتل اللذين يؤدى إليهما ذاك التزاحم . والثانية أنه يحفظ الأنساب ويجعل لأولاد كل زوجة أبا معروفاً يتكفل برعايتهم والمحافظة عليهم فى طفولتهم وبعدها حتى يبلغوا أشدهم فيأمنوا الضياع والفناء .

ففى سد الذريعة إلى التقاتل والتظالم . وفى قيام كل أب بالمحافظة على بنيه والعناية بهم بقاء لأفراد النوع على أكمل وجوه البقاء .

ولا كذلك إذا كان الاجتماع على غير نظام الزواج الشرعى ولم يكن الاختصاص بل كان الشيوع والاشتراك فإن هذا يؤدى إلى التقاتل ولا يعرف معه نسب لمولود فينشأ الطفل لا يعرف له أب يدفع عنه غوائل الهلاك فى طفولته ويرعاه فيما بعد ذلك حتى يبلغ أشده فإن نجا من الفناء بقى بقاء الهمل .

فالتناسل ، وتوزيع مسئولية المحافظة على النسل والقيام بشؤونه بين الآباء وتأمين أفراد النوع من التظالم والتقاتل هى أولى الأغراض من تشريع الزواج .

ومن هذا تفهم الحكمة فيما رواه أبو داود عن معقل بن يسار أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إنى أصبت امرأة ذات حسب ومنصب ومال إلا أنها لا تلد أفأتزوجها . فنهاه . ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك . ثم أتاه الثالثة فقال : « تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم » .

(**وثانيها**) – تحديد العلاقة بين الزوجين وبيان حقوق كل منهما قِبَل الآخر وواجباته عليه . لأنه مادام اجتماع الذكور بالإناث من الضرورات التى اقتضتها الفطرة الجنسية لابد من تشريع نظام يقوم على اساسه هذا الاجتماع حتى يأمن أحدهما عدوان صاحبه ويثمر الاجتماع ثمرته المقصودة من تعاون الزوجين وقيام الزوج بأعباء الحياة الخارجية وقيام الزوجة بالشئون المنزلية وسكون أحدهما إلى الآخر وأنسه به واطمئنانه إليه وتبادلهما المودة والرحمة التى أشار الله سبحانه إليها بقوله فى سورة الروم : ﴿ **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون** ﴾ .

(**وثالثها**) – تحصين النفس وقضاء حاجاتها الجنسية من الطريق التى أحلها الله والبعد بها عن انتهاك الحرمات . وفى هذا حفظ الأخلاق والأعراض ووقاية من الشحناء والبغضاء . قال الله تعالى فى سورة النساء بعد بيان المحرمات : ﴿ **وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين** ﴾ أى أن الله سبحانه أحل لكم من النساء ما عدا هذه المحرمات التى بينها لتبتغوها بأموالكم ومهوركم حلائل لكم قاصدين تحصين أنفسكم من الوقوع فى الحرام غير زناة . وروى البخارى ومسلم عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » .

وروى البيهقى أن النبى ﷺ قال : « إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف الدين فليتق الله فى النصف الباق » .

فالزواج نظام إلهى شرعه الله لمصلحة المجتمع الإنسانى وسعادة أفراده وحفظ كيان الأسرة التى هى عماد الأمة ، ولهذا حث عليه رسول الله ﷺ ورغب فيه بعدة أحاديث صحيحة .

منها ما رواه مسلم والنسائى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » .

وما رواه أبو داود والحاكم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء . المرأة الصالحة . إذا نظر إليها سرته . وإذا غاب عنها حفظته . وإذا أمرها أطاعته » .

وما رواه ابن ماجه عن أنس بن مالك أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « من أراد أن يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر » .

وما رواه ابن ماجه عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « لا تَزَوَّجُوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن . ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن . ولكن تزوجوهن على الدين . ولأمة خرماء سوداء ذات دين أفضل » .

وليس شيء أضر بالأمة وأدعى إلى فنائها وانتشار الفسق والفجور فيها من إعراض شبابها عن الزواج . وإذا رئى أن الزواج بين بعض الأزواج مصدر للخصومات والشقاء وتبادل الكيد والإضرار فليس منشأ هذا أن الزواج نظام غير صالح وإنما منشؤه أن هؤلاء الأزواج أساءوا استعمال هذا النظام ولم يسيروا على سنن الدين لا فى خطبة الزوجات ولا فى العشرة الزوجية ولم يقفوا عند حدوده فكانت زوجيتهم مصدر شقائهم . وكذلك كل قانون عادل أو نظام صالح إذا أسىء تطبيقه أنتج نقيض ما شرع لأجله ولو أن الحياة الزوجية قامت على أساس ما شرعه الله من حسن المعاشرة وقيام كل واحد من الزوجين بواجبه ما كانت مصدر نزاع أو شقاء .

مقدمات الزواج : ولما كان الغرض من الزواج العشرة الدائمة بين الزوجين للتوالد والتعاون على شؤون الحياة وحاجات الإنسان كان لابد لمن أرادا التزاوج أن يكون كل منهما على بينة من أمر الآخر قبل الارتباط بعقدة الزواج حتى لا يكون الاقتران على عمى . ولهذا شرع الله أحكام الخطبة وهى أن يطلب الرجل المرأة للزواج بها . ومع كون المخطوبة أجنبية من خاطبها ندب الشارع له أن يبصر وجهها وكفيها وقدميها . ويكرر هذا الإبصار إذا دعت الحال . ولكن لا يباح له أن يبصر مخطوبته مختليا بها بل لابد أن يكون معهما محرم لها كأبيها أو أخيها أو عمها .

والأصل فى هذا ما روى من أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة فقال له رسول الله - ﷺ - : أنظرت إليها . قال : لا فقال عليه السلام : انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما .

والحكمة فى إباحة إبصار الوجه أنه جماع محاسن الإنسان الخلقية . وملامحه وأسرته تنم عن جملة الحال النفسية فإذا تراءى الخاطب ومخطوبته تعرف منها مثل ما تتعرف منه ووقعت فى قلب كل منهما للآخر إحدى المنزلتين من الميل أو النفور .

والحكمة فى إباحة إبصار الكف والقدمين أنهما تنمان عن حال الجسم فإبصار الوجه والكفين والقدمين وتكرير هذا الإبصار عند الاقتضاء يتعرف كل منهما جملة حال صاحبه . وأما تعرف الحال الخُلقية بالتفصيل فهذا سبيل التحرى ممن خالطوا الاثنين بالمعاشرة أو الجوار ولا يجدى فى معرفته اجتماع مرة أو مرات فى بضع ساعات قد يظهر كل واحد منهما فيها بغير نفسه الحقيقة كما قيل فى أمثال الناس « كل خاطب كاذب » .

والحكمة فى حظر خلوة الخاطب بمخطوبته واشتراط أن يكون معهما محرم لها هو سد الذرائع إلى الشر ومقاومة دواعى النفس الأمارة بالسوء .

وهذا السنن فى الخطبة هو السنن المستقيم والوسط المعتدل بين إفراط من غلوا فى الحجاب ومنعوا أن يبصر الخاطب مخطوبته فيتم الزواج بين اثنين قد لا تأتلف روحاهما ولا يؤدم بينهما وهذا مصدر للشقاء ، وبين تفريط من أسرفوا فى الخيال وأباحوا للخاطب الخلوة والخلطة فعرضوا الأعراض للأخطار ومقالة السوء وخاصة إذا عدل الخاطب عن خطبته . فالإفراط والتفريط غير محمودى العاقبة والخير فى الاعتدال .

من تباح خطبتها : ولا يباح للخاطب أن يخطب امرأة للزواج بها إلا إذا توفر فيها أمران : أولهما أن تكون خالية من الموانع الشرعية التى تمنع زواجه بها فى الحال . وثانيهما أن لا تكون مخطوبة لغيره خطبة شرعية .

فإن لم تكن خالية فى الحال من الموانع الشرعية بأن كانت محرمة عليه بسبب من أسباب التحريم المؤبدة كأخته نسباً أو رضاعاً أو المؤقتة كزوجة غيره أو معتدته فلا تباح له خطبتها لأن الخطبة وسيلة إلى العقد ومقدمة له وإذا كانت النتيجة غير ممكنة الحصول فى الحال فالاشتغال بالوسيلة عبث يصان العاقل عنه . ولأن فى خطبة زوجة الغير أو معتدته إيذاء لهذا الغير واعتداء عليه والله لا يحب المعتدين . ولهذا لا تحل خطبة معتدة الغير سواء كانت معتدة من وفاة أو طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى أو كبرى لأنها مادامت فى العدة فحق زوجها متعلق بها وفى خطبتها اعتداء عليه سواء كانت الخطبة بصريح العبارة أو بطريق التعريض .

واستثنى من هذا حال واحدة وهى ما إذا كانت المعتدة معتدة وفاة فإنه تباح خطبتها بطريق التعريض فقط ولا تباح بالتصريح .

ودليل هذا الاستثناء قوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ **ولا جناح عليكم فيما عَرضتّم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا** ﴾ .

المراد بالنساء فى هذه الآية معتدات الوفاة لأن الآية التى قبلها فى شأن الذين يتوفون ويذرون أزواجا والله نفى الجناح والإثم فى التعريض بخطبتهن فخطبة المتوفى عنها زوجها بطريق التعريض مباحة . والحكمة فى هذا الاستثناء أن الوفاة قطعت رباط الزوجية لا إلى عودة وهذا من شأنه أن يجعل الراغب فى زواج المتوفى زوجها لا يتحرج من خطبتها فى عدتها وإلى هذا أشار الله سبحانه وتعالى بقوله : ﴿ **علم الله أنكم ستذكرونهن** ﴾ ولكن لمراعاة جانب ورثة المتوفى وعدم إيذائهم بخطبة زوجة مورثهم وهى لا تزال فى عدته . ولحال الحزن والحداد التى عليها المتوفى عنها زوجها حظر التصريح بخطبتها واكتفى بإباحة التعريض بها فقط .

والفرق بين التصريح والتعريض أن التصريح هو أن تذكر كلاما صريحا تقصد ما يدل عليه كأن يقول الخاطب أرغب فى زواجك أو أريد أن تكونى زوجة لى . وأما التعريض فهو أن تذكر كلاما لا تريد معناه الظاهر بل تريد به معنى آخر يفهم منه بالقرائن كأن يقول الخاطب أنت خير زوجة أو وددت لو يُسرت لى زوجة صالحة والقرائن تدل على ما يريد من خطبتها وإن كانت ممن تحل له ولكنها مخطوبة لغيره خطبة شرعية فلا تباح له خطبتها مادامت خطبة غيره قائمة ولم يبت فى أمرها لأن هذا اعتداء على الغير وقد قال رسول الله ﷺ : « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » .

وإذا خطب خاطب امرأة لا تباح له خطبتها شرعا أثم ديانة ولكن لا أثر لهذا الإثم قضاء فلو خطب معتدة غيره ثم بعد انقضاء عدتها عقد زواجه بها صح العقد مادام قد استوفى شرائطه الشرعية . وإثمه الذى ارتكبه بخطبتها خطبة غير مباحة لا أثر له فى صحة العقد بعد أن صارت غير محرمة عليه .

ومن مقدمات الزواج التى اعتاد بعض الناس تقديمها عليه قراءة الفاتحة للدلالة على التراضى به . وحصول الوعد به من الجانبين . وقبول كل منهما هدايا الآخر . وقبول الزوجة أو وليها المهر كله أو بعضه .

وهذه المقدمات من الخطبة أو قراءة الفاتحة أو التواعد أو التهادى أو قبول المهر أو بعضه لا تعتبر زواجا شرعا ولا تربط أحدهما بالآخر برباط الزوجية فللخاطب أن يعدل عن خطبته وللمخطوبة أن تعدل عن قبوله ولكل منهما أن ينقض وعده[1] .

وإذا فسخت الخطبة سواء أكان بسبب عدول الخاطب أو المخطوبة أو عدولهما معا فإن ما قدمه الخاطب من المهر له الحق فى استرداده فإن كان قائما يجب رده إليه بعينه وإن كان هالكا أو مستهلكا يجب رد مثله أو قيمته لأنه دفع على أنه عوض للزواج ومادام الزواج لم يوجد فلا يستحق شيء من هذا العوض وهو حق خالص للخاطب يجب رده إليه . وأما ما قدمه الخاطب من الهدايا فهو هبة وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع . وعلى هذا إذا كان ما أهداه الخاطب لمخطوبته قائماً فى يدها لم يطرأ عليه ما يمنع الرجوع فيه كخاتم أو ساعة أو عقد لم يطرأ عليه طارىء فللخاطب الحق فى استرداده وأما إذا كان ما أهداه الخاطب لمخطوبته ليس قائماً عندها على حاله بأن هلك أو استهلك أو تغير بالزيادة أو باعته كأن كان طعاما فأكل أو خاتماً فضاع أو قماشاً فخيط ثوباً ففى كل هذا ليس للخاطب الحق فى استرداد ما أهداه

---

(١) وهذا هو حكم الفقه والقضاء وهو مبنى على أنه مادام لم يوجد العقد فلا الزام ولا التزام ، وأما حكم الأخلاق فلا ينبغى للإنسان أن يخلف وعده ويرجع فى عزمه ، فمن فسخ الخطبة لغير ضرورة ملجئة فقد ارتكب رذيلة أجرم خلقيا .

وقد حكمت بعض المحاكم الأهلية والمختلطة بالتعويض على من فسخ الخطبة لغير مبرر . وبنت حكمها على أن العدول عن الخطبة حق للخاطب والمخطوبة ولصاحب الحق أن يستعمل حقه ولكن إذا أدى استعمال حقه إلى إلحاق الضرر بغيره بدون مبرر فعليه التعويض عن هذا الضرر فله حق العدول وعليه تعويض الضرر وقد أفتى المرحوم الشيخ بخيت بأن لا وجه للإلزام بهذا التعويض . وفتواه منشورة بمجلة المحاماة الشرعية ١٤ س ٢ وهى موضع النظر .

ولا استرداد بدل عنه لأن هلاك الموهوب وخروجه من يد الموهوب له والزيادة المتصلة فيه كلها من موانع الرجوع فى الهبة . على ما سيبين فى موضعه . وإذا اختلف الخاطب والمخطوبة فى أن ما قدم مهر أو هدية فسيبين الحكم فى هذا فى قضايا المهر .

وإنما الذى يربط أحدهما بالآخر هو عقد الزواج الشرعى الذى تحققت أركانه واستوفى شرائطه .

أركان الزواج : أركان كل عقد هى أجزاؤه التى يتركب منها ويتحقق بها وجوده وانعقاده وهى العاقدان . والمعقود عليه . وصيغة العقد المكونة من الايجاب والقبول . ولما كان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه اقتصر أكثر الفقهاء فى بيان أركان الزواج على قولهم أركان الزواج الإيجاب والقبول .

فالإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين تعبيرا عن إرادته فى إيجاد الارتباط وإنشائه ، والقبول هو ما صدر ثانيا من الآخر للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول . وقد يكون الموجب أى البادىء هو الزوج أو وكيله أو وليه . والقابل هو الزوجة أو وكيلها أو وليها . وقد يكون العكس . وقد يتولى صيغة العقد اثنان وهو الكثير الغالب . وقد يتولاها واحد قائم مقام اثنين كان يكون وليا على الزوجين[1] أو وكيلا عنهما[2] أو أصيلا من جانب ووليا أو وكيلا من الجانب الآخر[3] فعبارة هذا الواحد بمنزلة عبارتين ، وهو تارة ذو صفة واحدة . وتارة ذو صفتين مختلفتين .

ولابد فى الإيجاب والقبول من تحقق أمرين : أحدهما من حيث صورتهما اللفظية . والثانى من حيث مادتهما واشتقاقهما .

---

(١) كرجل يزوج بنت أخيه الصغيرة من صغير هو ابن أخيه الآخر والصغيران فى ولايته .

(٢) كرجل يزوج موكلته من موكله .

(٣) كرجل يزوج نفسه من بنت عمه الصغيرة المشمولة بولايته . أو يزوج نفسه ممن وكلته بأن يزوجها نفسه .

فأما من حيث صورتهما فلابد أن يكونا بلفظين على صورة الفعل الماضى مثل زوجتك موكلتى . قبلت . أو وهبت لك نفسى . قبلت . لأن الغرض من الصيغة التعبير عن حصول رضا من الطرفين وتوافق بين إرادتيهما والذى يدل على حصول هذا فعلا وقت التعاقد هو ما كان على صيغة الماضى وأما ما كان على صيغة الحال أو المستقبل فلا يدل قطعا على حصول الرضا فعلا فلو قال أحدهما تزوجنى موكلتك فقال الآخر : أقبل . فلا تتكون بهذين اللفظين صيغة عقد الزواج لأنهما ما دلا قطعا على حصول رضا وقت التكلم ، لأنه يحتمل أن يراد باللفظ الأول الاستيعاد وبالثانى الوعد . والوعد بالزواج مستقبلا ليس عقدا له فى الحال . فمادامت الصيغة تحتمل معنى غير العقد لا ينعقد بها الزواج .

لهذا استعمل الشارع لإنشاء العقود الصيغة التى تدل على تحقق الرضا ووجوده فعلا وهى صيغة الماضى . لأنها قطعية فى الدلالة على حصول الرضا من العاقدين ولا تحتمل معنى آخر .

ولو قال الخاطب لمخطوبته زَوِّجينى نفسك فقالت زَوَّجْتُكَ نفسى انعقد الزواج مع أن إحدى العبارتين على صيغة المستقبل لا الماضى ولكن ليس فى هذا مخالفة لما تقدم لأن الحقيقة هى أن قوله زوجينى نفسك ليس هو الإيجاب وإنما هو توكيل لها فى أن تزوجه نفسها فقولها زوجتك نفسى هى عبارة قائمة مقام العبارتين وهى تولت طرفى العقد بالأصالة من جانبها والوكالة عنه وعبارتها على صيغة الماضى . وهذا توجيه قول الفقهاء وينعقد بإيجاب وقبول وضعا للمضى أو وضع أحدهما للمضى والآخر للاستقبال .

وأما من حيث مادتهما واشتقاقهما فالقبول لا يشترط اشتقاق لفظه من مادة خاصة بل يتحقق بأى لفظ يدل على الموافقة والرضا من أى مادة كانت مثل قبلت . رضيت . وافقت . أجزت . نفذت . أمضيت . وأما الإيجاب فلابد أن يكون بلفظ مشتق من الزواج . أو النكاح أو مشتق مما يدل على تمليك العين فى الحال مثل الهبة والتمليك والبيع . وما يرادف ذلك من أى لغة . أما ما لا يدل على التمليك أصلا كالإباحة والإحلال والإيداع . وما يدل على تمليك المنفعة لا العين كالإيجارة والإعارة . وما يدل على تمليك العين لكن لا فى الحال كالوصية

فلا يتحقق الإيجاب بلفظ منها لأن معانيها تنافى معنى الزواج الشرعى المقصود به ملك المتعة فى الحال على سبيل التأبيد والدوام .

وإذا كان العاقدان حاضرين تكون الصيغة منهما بالعبارة لأنها أدل طرق الدلالة فحيث أمكنت لا يعدل عنها إلى غيرها ، وإذا كان أحدهما غائبا عن الآخر تكون الصيغة بالكتابة لتعذر المشافهة . وإذا كان العاقد أخرس فإن كان يحسن الكتابة عقد بها وإن كان لا يكتب عقد بإشارته المعهودة الدالة على قصده . فلا يعقد بالكتابة إلا حيث تعذرت المشافهة بالعبارة . ولا يعقد بالاشارة إلا حيث تعذرت الدلالة على القصد بالكتابة . وفى هذا جمع بين الاحتياط واليسر . قال فى الدرر : « لو كتب الحاضر على شيء لامرأة زَوِّجينى نفسك فكتبت المرأة على ذلك الشيء عقبه زوجت نفسى منك لا ينعقد الزواج » .

شروط الزواج : للزواج خمسة أنواع من الشروط . شروط لانعقاده ، وشروط لصحته ، وشروط لنفاذه ، وشروط للزومه ، وشروط وضعية لسماع الدعوى به قانونا فى محاكمنا الشرعية المصرية .

شروط الانعقاد : شروط انعقاد الزواج هى التى تلزم لتحقق أركانه ويترتب على إخلال بواحد منها اخلال بركن من أركان الزواج فلا ينعقد شرعا ولا تترتب عليه آثار الزواج الشرعى . وهى أربعة :

١ – أهلية العاقدين بالتمييز فإذا كان أحد العاقدين فاقد الأهلية للعقد بفقده التمييز بأن كان مجنونا أو صغيراً غير مميز فلا ينعقد الزواج بعبارته .

٢ – اتحاد مجلس الإيجاب والقبول والمراد باتحاد مجلسهما أنه إذا صدر الإيجاب لا يوجد من العاقدين أو أحدهما ما يدل على الإعراض عنه والاشتغال بغيره حتى يصدر القبول لأنه إن وجد ذلك يعد منهيا للإيجاب فلا يصادف القبول محله – وليس المراد باتحاد مجلسهما الفور وأن يكون القبول أثر الإيجاب فورا لأنه لو طال المجلس وتراخى القبول عن الإيجاب ولم يصدر بينهما ما يدل على الاشتغال والإعراض فمجلسهما متحد . وهذا إذا كان العقد بالمشافهة بين عاقدين حاضرين . أما إذا كان العقد بين غائبين بطريق الكتابة أو الرسول فإن مجلس

الإيجاب هو مجلس قراءة الغائب للكتاب أمام الشهود أو إسماعهم رسالة الرسول . فإذا كتب الرجل إلى امرأة زوجيني نفسك . أو أرسل إليها رسولا بذلك فلما وصل إليها الكتاب أو الرسول أحضرت الشهود وقرأت عليهم الكتاب أو عرفتهم مضمونه أو أبلغتهم رسالة الرسول وأشهدتهم أنها زوجت نفسها منه انعقد الزواج . فلابد من القبول فى مجلس قراءة الكتاب أو بلاغ الرسول بحضرة الشهود ليتحد مجلس الإيجاب والقبول . ولابد أن يسمع الشهود ما فى الكتاب أو رسالة الرسول ثم يسمعوا القبول ليكونوا سمعوا شطرى العقد وشهدوا الإيجاب والقبول .

٣ – موافقة القبول للإيجاب ولو ضمنا فإذا خالف القبول الإيجاب كله أو بعضه لا ينعقد الزواج إلا إذا كانت المخالفة إلى خير للموجب فإنها تكون موافقة ضمنية .

فإذا قال الموجب : زوجتك ابنتى فلانة على مهر قدره ستون جنيها قال القابل : قبلت زواجها على المهر المسمى انعقد الزواج للموافقة الصريحة ، وكذا لو قال : قبلت زواجها على ثمانين للموافقة الضمنية أما لو قبل القابل زواج ابنته الأخرى أو على مهر أقل فلا ينعقد الزواج إلا إذا قبل الموجب الزيادة أو النقص فى المجلس حينما تكون المخالفة فى المهر .

٤ – سماع كل من العاقدين كلام الآخر مع علم القابل أن قصد الموجب بعبارته إنشاء الزواج وإيجابه وعلم الموجب أن قصد القابل الرضا به والموافقة عليه وإن لم يفهم كل واحد منهما معانى المفردات لعبارة الآخر لأن العبرة للمقاصد .

وهذه الشروط الأربعة ترجع عند التحقيق إلى شىء واحد وهو تحقق رضا الطرفين وتوافق إرادتيهما لأن الشرط الأول وهو تمييز العاقدين إنما شرط لأن الرضا لا يكون إلا ممن له إرادة وفاقد التمييز لا إرادة له فلا يتصور منه رضا . والشروط الثلاثة الباقية إنما شرطت ليتحقق ارتباط رضا كل من العاقدين برضا الآخر وتتفق إرادتهما على شىء معين دلت عليه عبارتهما .

شروط الصحة : شروط صحة الزواج هى ما يتوقف عليها صحته بعد انعقاده وليست شروطا لتحقق أركانه وهى اثنان :

١ - أن تكون الزوجة غير محرمة على من يريد التزوج بها بأى سبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت لأن للشارع حكمة فى تحريم بعض النساء على الرجل فمن عقد على من لا تحل له فزواجه غير صحيح ولا يحل ما حرم الله .

٢ - أن يحضر عقد الزواج شاهدان رجلان أو رجل وامرأتان لأنه عقد له خطره وشأنه لما يترتب عليه من آثار وحقوق فلهذا امتاز عن سائر العقود بأن اشترط لصحته حضور الشهود . ولأنه يترتب على عدم إعلانه بحضور الشهود أن يرتاب الناس ويسيئوا الظن إذا رأوا رجلا يتردد على امرأة من غير أن يكون قد أعلن زواجه بها ولذا ورد فى الحديث « لا نكاح إلا بشهود » .

ويشترط فى الشاهدين أن يكونا عاقلين بالغين حرين لأن هذا العقد الذى له خطره وشأنه لا يعلن إلا عن طريق العقلاء الأحرار البالغين - وأن يسمعا معا كلام العاقدين مع فهمهما أن الغرض منه إيجاب الزواج وقبوله وإن لم يفهما مفرداته لأنهما إن لم يسمعا معا الصيغة بتمامها فاهمين المراد منها لم يشهدا العقد فالأصم والنائم والسكران الذى لا يعى ما يسمع لا يصح الزواج بحضورهم لأنهم لا سماع ولا فهم .

ولأن الغرض من حضور الشاهدين إعلان الزواج وإشهاره لا يشترط فيهما العدالة ولا البصر ولا انتفاء التهمة فيصح الزواج بشهادة فاسقين أو أعميين أو ابنى الزوجين أو أحدهما كما يصح بشهادة رجل وامرأتين . وإذا كان الزوجان مسلمين يشترط إسلام الشاهدين . أما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية فيصح زواجهما بشهادة كتابيين .

وفى بعض الصور قد يصح عقد الزواج بحضور شاهد واحد فى الظاهر كما إذا وكلت امرأة من يزوجها بزوج معين فزوجها الوكيل بمن عينته بحضور شاهد وحضورها صح العقد . وكما إذا وكل الولى من يزوج موليته من معين فزوجها وكيل الولى بحضور شاهد وحضور الولى صح العقد .

والحقيقة أن الزواج صح فى هاتين الصورتين بحضور شاهدين لا شاهد واحد لأن الضابط العام أنه كلما أمكن اعتبار الموكل مباشراً للعقد بأن كان حاضراً وقت إجرائه يعتبر هو المباشر للعقد ويعتبر الوكيل مجرد سفير ومعبر وكأنه ليس أحد طرفى العقد فيقوم مقام شاهد ثان مع الشاهد الحاضر ولذلك إذا كان الموكل غير حاضر . بحيث لا يمكن اعتباره هو المباشر للعقد لا يصح إلا بحضور شاهدين .

عقد الزواج رضائى أو شكلى : الباحثون فى نظرية العقد عرفوا العقد الرضائى بأنه ما يكفى فى انعقاده اقتران القبول بالإيجاب ويكون رضا الطرفين وحده موجدا ومكونا للعقد كالإجارة والوكالة وأكثر العقود وعرفوا العقد الشكلى بأنه ما يجب لتكوينه اتباع شكل مخصوص يحدده القانون كالهبة لا توجد قانونا إلا إذا صدرت فى ورقة رسمية أمام الموظف العمومى المختص . فبعد أن بينا شرائط انعقاد الزواج وصحته نبين هل هو رضائى أو شكلى .

إذا نظرنا إلى عقد الزواج نجد أن تكوينه وانعقاده يتم بتحقق ركنه وشرائط انعقاده وهذه الشرائط مرجعها كما بينا إلى التحقق من تراضى الطرفين وتوافق إرادتهما على شىء واحد . وإذا كان انعقاد الزواج يكفى فيه تراضى الطرفين ولا يتوقف على شىء آخر غير رضاهما وتوافق إرادتيهما فهو من هذه الوجهة عقد رضائى .

لكن إذا نظرنا إلى أن مجرد انعقاده لا يترتب عليه كل آثاره الشرعية بل لابد لترتب آثاره الشرعية عليه من صحته بعد انعقاده . وأن من شرائط صحته شرطا زائداً عن رضا الطرفين وهو إعلانه بحضور الشهود ينتج أنه عقد شكلى لأنه لا تترتب عليه كل آثاره الشرعية إلا بتوفر شىء خارج عن رضا الطرفين وهو حضور الشهود . فهو من هذه الوجهة عقد شكلى . ولكنه ليس شكليا بتمام المعنى الذى أرادوه لأن الشهود المشروط حضورهم يرجع اختيارهم إلى محض إرادة الطرفين .

شروط النفاذ : شروط نفاذ الزواج هى التى تشترط لنفاذه وعدم توقفه على إجازة أحد بعد انعقاده وصحته وهى اثنان :

١ – أن يكون كل من العاقدين تام الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية . فإن كان واحد منهما ناقص الأهلية بأن كان معتوها أو صغيراً مميزاً أو عبداً فإن عقده الذى يعقده بنفسه إذا استوفى شروط الانعقاد والصحة ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الولى أو المالك فإن أجازه نفذ وإلا بطل . والمراد بالولى ولى النفس لا المال .

فلوجود أصل الأهلية بوجود التمييز كان العقد منعقداً ولنقصها بسبب العته أو الصغر أو الرق كان موقوفا . ليتسنى للولى عليهم أن يتدارك منع الضرر عنهم .

٢ – وأن يكون كل من العاقدين ذا صفة تخول له أن يتولى العقد وتجعل له الحق فى مباشرته بأن يكون أحد الزوجين أو وكيلا عنه أو وليا عليه فلو كان أحد العاقدين فضوليا باشر العقد لا بوكالته عن أحد الزوجين ولا بولاية عليهما . أو كان وكيلا ولكن خالف فيما وكل فيه . أو كان وليا ولكن يوجد ولى أقرب منه مقدم عليه فإن عقد أى واحد من هؤلاء إذا استوفى شروط الانعقاد والصحة ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة صاحب الشأن[1] .

شروط اللزوم : شروط لزوم الزواج يجمعها شرط واحد وهو أن لا يكون لأحد الزوجين ولا لغيرهما حق فسخ العقد بعد انعقاده وصحته ونفاذه فلو كان لأحد فسخه كان عقدا غير لازم .

وعلى هذا إذا تزوجت المرأة ووجدت بزوجها عيبا لا يمكنها أن تعاشره معه إلا بضرر فإن زواجها غير لازم لأن لها الحق فى طلب فسخه سواء كان العيب قبل الزواج ولم تعلم به أم حدث بعده ولم ترض به .

---

(١) إذا تولى العقد اثنان وكان أحدهما أو كلاهما فضوليا كان العقد موقوفا بالاتفاق أما إذا تولاه واحد هو فضولى من الجانبين أو من جانب واحد كان العقد موقوفا أيضا عند أبى يوسف وغير منعقد عند الطرفين لعدم اتحاد مجلس الايجاب والقبول ومنشأ الخلاف هل عبارة هذا الواحد عقد تام أو شطر عقد .

وعلى مذهب أبى حنيفة لا يثبت لها هذا الحق إلا إذا كان العيب واحدا من ثلاثة الجَب والخِصاء والعُنة . وعلى ما عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية المصرية يثبت لها هذا الحق إذا كان العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر أيًا كان هذا العيب « مادة ٩ من القانون سنة ١٩٣٠ » .

وإذا زَوَّجت الكبيرة العاقلة نفسها من زوج كفء لها ولكن على مهر أقل من مهر مثلها بدون رضا أقرب عصبتها كان زواجها غير لازم لأن لهذا العاصب حق طلب فسخ الزواج إن لم يتم الزوج مهر مثلها .

وإذا زوج الصغير أو الصغيرة أو من فى حكمهما من الكبار غير المكلفين غير الأب والجد من الأولياء عند عدمهما وكان الزوج كفءاً والمهر مهر المثل كان الزواج غير لازم لأن للصغير أو الصغيرة حق طلب فسخ الزواج إذا بلغ . وسيبين كل هذا مفصلا فى مواضعه .

شروط سماع الدعوى به قانونا : لما أثبتت الحوادث أن الزواج كثيراً ما يدعى زورا . طمعا فى المال أو رغبة فى النكاية والتشهير . اشترط الشارع الوضعى فى مصر لسماع الدعوى به وجود دليل كتابى يؤيدها على التفصيل الذى سنبينه . وكذلك لما رأى الشارع الوضعى فى مصر أن فى زواج صغار السن أضراراً صحية واجتماعية وأراد حمل الناس على عدم عقد الزواج قبل بلوغ الزوجين سنًا معينة اشترط لسماع دعوى الزوجية أن لا تقل سن الزوجة عن ١٦ سنة وسن الزوج عن ١٨ سنة وقت الدعوى . كما اشترط لمباشرة العقد لدى الموظف الرسمى المختص أن لا تقل سن الزوجين عن هذه السن وقت العقد .

فالشرط القانونى لسماع دعوى الزوجية فى المحاكم الشرعية المصرية أمران : الأول : وجود مسوغ كتابى على التفصيل الذى سنبينه . والثانى بلوغ الزوجين وقت الدعوى سنا حددها القانون ، والشرط لمباشرة عقد الزواج لدى الموظف الرسمى المختص بإجرائه هو بلوغ الزوجين وقت العقد السن المحددة .

ونحن نفصل هذه الشروط ونبين مصدرها من لائحة الإجراءات الشرعية وبعض ما صدر بشأنها من المنشورات والمذكرات الإيضاحية .

المسوغ الكتابى لسماع دعوى الزواج : يختلف المسوغ الكتابى لسماع دعوى الزواج باختلاف الوقت المدعى حصول الزواج فيه وذلك لأن لائحة إجراءات المحاكم الشرعية المصرية التى نصت على عدم سماع دعوى الزوجية فى بعض الحالات إلا بمسوغ كتابى صدرت سنة ١٨٩٧ م ثم عدلت ثانياً فى سنة ١٩١٠ م ثم عدلت ثالثاً فى سنة ١٩٣١ م وهو المعروف بالقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ وفى كل تعديل زيدت قيود جديدة فى المسوغ رغبة فى سد الذريعة إلى دعوى الزواج زورا . ومن هذا التدرج التشريعى اختلف المسوغ باختلاف الوقت المدعى أن الزواج وقع فيه .

فإذا كان الزواج مدعى حصوله قبل سنة ١٨٩٧ م . والدعوى مقامة من أحد الزوجين والمدعى عليه ينكره فلا يشترط وجود دليل كتابى لسماع الدعوى به قانونا بل يكتفى بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العاهة ، وهذا وارد بالفقرة ٢ من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ ونصها :

« ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة » .

وإذا كان الزواج مدعى حصوله فى المدة من سنة ١٨٩٧ إلى سنة ١٩١١ م والمدعى عليه ينكره ، وأحد الزوجين متوف . فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها سواء كانت الدعوى من أحد الزوجين أو من غيره ، وهذا وارد بالفقرة ١ من المادة ٩٩ المذكورة ونصها :

« لا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ م سواء أكانت مقامة من أحد

الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها » .

وإذا كان الزواج مدعى حصوله فى المدة من سنة ١٩١١ إلى غاية يوليو سنة ١٩٣١ والمدعى عليه ينكره . وأحد الزوجين متوفى فلا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك . سواء كانت الدعوى من أحد الزوجين أم من غيره وهذا وارد بالفقرة ٣ من المادة ٩٩ ونصها :

« ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ م إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك » .

وإذا كان الزواج مدعى حصوله فى المدة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ م والزوجية منكرة . فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كان ثابتاً بوثيقة زواج رسمية صادرة على يد الموظف المختص بمقتضى وظيفته بإصدارها سواء كانت الدعوى فى حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة . وهذا وارد بالفقرة ٤ من المادة ٩٩ ونصها :

« ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ » .

ومن هذا يتبين أنه لا يشترط المسوغ الكتابى لسماع دعوى الزواج إلا عند إنكار الزوجية . أما إذا كان المدعى عليه مقرا بها فإن المقر يعامل بإقراره فى أية مدة ادعى حصول الزواج فيها . ويتبين أن التدرج التشريعى بالمسوغ حصل فى أمرين أحدهما : فى نوع الدليل الكتابى فبعد أن كان يكفى أن يكون الدليل أية ورقة خالية من شبهة التزوير صار لابد أن يكون ورقة رسمية أو مكتوبة وممضاة بخط المتوفى ثم صار لابد أن يكون وثيقة زواج رسمية . وثانيهما فى حال المتداعيين فبعد أن كان لا يشترط المسوغ الكتابى إلا إذا كانت الدعوى بعد وفاة أحد الزوجين صار ابتداء من أغسطس سنة ١٩٣١ يشترط المسوغ عند الإنكار مطلقا سواء كانت الدعوى فى حياة أحد الزوجين أو بعد الوفاة .

والحكمة فى هذا كما قدمنا سد الطريق فى وجه من يحاول ادعاء الزوجية زورا وبهتانا طمعا فى المال أو رغبة فى التشهير .

تحديد سن الزوجين لسماع دعوى الزواج : نصت الفقرة ٥ من المادة ٩٩ من لائحة الإجراءات الشرعية على أنه « لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منا » .

وعلى هذا إذا كانت سن أحد الزوجين وقت الدعوى أقل من هذه السن المحددة فلا تسمع دعوى الزوجية بينهما . والغرض من هذا حمل الناس على الامتناع من إجراء زواج لمن لم يبلغوا هذه السن . لأنه إذا علم أن الزوجية التى تتم بين من لم يبلغوا هذه السن لا يمكن سماع الدعوى بها قانوناً ولا المطالبة أمام القضاء بحق من حقوقها أو أى أثر من الآثار المترتبة عليها مادامت سن الزوجين أو أحدهما أقل من السن المحددة إذا علم ذلك كف الناس من تلقاء أنفسهم عن الزواج الذى لم يبلغ فيه الزوجان السن المعينة فبهذا تتلافى الأضرار الصحية والاجتماعية التى تنشأ من الزواج بين صغار السن .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية بشأن هذه الفقرة ما نصه :

« كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ١٦ سنة للزوجة و١٨ للزوج سواء كانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد فرئى تيسيرا على الناس وصيانة للحقوق ، واحتراماً لآثار الزوجية أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة وهى ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة » .

وقد توهم بعض القضاة أن هذه السن المحددة شرط لسماع الدعوى إذا كان النزاع فى ذات الزوجية أما إذا كان النزاع فى الآثار المترتبة عليها فليست شرطا . ودفعا لهذا التوهم أصدرت وزارة الحقانية المنشور رقم ٢٩ لسنة ١٩٣١ تلفت نظر القضاة إلى العمل بإطلاق هذه الفقرة وعدم سماع دعوى الزوجية ممن لم يبلغ السن المحددة مطلقا سواء أكان النزاع فى ذات الزوجية أم فيما يترتب عليها من الآثار كالنفقة والطاعة .

تحديد سن الزوجين لمباشرة عقد الزواج رسميا : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ من لائحة الإجراءات على أنه « لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثماني عشرة سنة وقت العقد » .

فإذا كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السن المحددة فلا يجوز للموظف الرسمي المختص بمباشرة عقد الزواج أن يجريه رسمياً بينهما . ومما جاء في المذكرة الايضاحية بشأن هذه الفقرة « أن عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو إهماله وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً كبيراً لحسن القيام بها ولا تستأهل الزوجة والزوج لذلك غالباً قبل سن الرشد المالي[1] . غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي . وما يلزم لتأهل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة فلهذه الأغراض الاجتماعية حدد الشارع المصري سن الزواج لمباشرة العقد رسميا كما حدد سنا لسماع دعوى الزوجية قانوناً .

غير أن تنفيذ هذا القانون لاقى صعوبات من جهة الطرق التي توصل إلى معرفة حقيقة سن الزوجين وقت العقد لأن كثيراً من الأزواج لا يظهرون شهادات الميلاد الرسمية أو لا تكون لديهم شهادات ميلاد ولذلك أصدرت وزارة الحقانية عدة منشورات بشأن ما يتبع لتعرف سن الزوجين وقت العقد من الاكتفاء بما يدل على السن من أوراق رسمية أو شهادات الأقارب أو من لهم معرفة تامة بحال الزوجين . ثم أصدرت منشورا بالاكتفاء بشهادة الطبيب . ثم أصدرت منشوراً بأن للمأذون أن يأخذ على مسئوليته بلوغ الزوجين السن القانونية عند

---

(١) كان ذلك حين كانت سن الرشد المالي ١٨ سنة قبل أن يعدل بزيادته إلى ٢١ بمقتضى المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية الصادر في اكتوبر سنة ١٩٢٥ ونصها « تنتهي الوصاية أو الولاية على المال حتى بلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية إلا إذا قرر المجلس استمرارها » .

عدم الاشتباه . وكان من نتائج ذلك أن هذا القانون قلل من مباشرة الزواج بين صغار السن ولم يمنعه بتاتاً .

ومما زاد فى صعوبة تنفيذ هذا القانون أن محكمة النقض والإبرام لم تعتبر ذكر الشهود سنا غير حقيقية مع علمهم بالسن الحقيقية جناية تزوير معنوى معاقب عليه بعقوبة التزوير بناء على أن واقعة السن ليست ركنا أساسيا فى عقد الزواج لأن الزواج شرعا بدونها يصح وينفذ وتترتب عليه آثاره الشرعية .

وقد جاء فى حكم محكمة النقض والإبرام الصادر فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٠ ما نصه :

« إن الزواج عقد قررته الأحكام الدينية أو المدنية تنظيماً لأمر طبيعى لا محيص عنه البتة وهو الضرورة الدافعة لتلاق الذكر بالأنثى متى بلغ أيهما حد النضوج الجنسى » .

وهذه الضرورة الدافعة يستحيل معها لأى شارع سياسى أن يمس أصل حلية الزواج لأى ذكر وأنثى غير محرمين . وكل ما فى الأمر أن ما توجبه الضرورات الاجتماعية من مراعاة الأفراد المتزاوجين مراعاة صحية حميدة الأثر فى الأمة تبيح لأولى الأمر من طريق السياسة الشرعية أن يتخذوا من التدابير ما به يقللون جهد الاستطاعة أن يحصل تزاوج بين فردين أحدهما أو كلاهما لم يبلغ سنا خاصة معها يغلب على الظن حيازته لدرجة كافية من الخبرة والاتزان العقلى اللازمين لحسن الحال فى المعيشة الزوجية ويترجح معها أن الزواج غير مؤذ به .

ولكن مهما تكن تلك التدابير فلا يجوز قطعا أن تصل إلى تحريم الزواج على من لم يبلغ تلك السن وإلا كان الشارع معاندا للطبيعة فلا تلبث أن تثأر لنفسها بإحباط عمله ومقابلته بفشو الزنا بين صغار السن ويصبح وقد وقع فيما يريد اتقاءه وزاد عليه كثرة النسل الضعيف من أولاده غير الشرعيين .

ولقد أدرك الشارع الوضعى المصرى هذه الحقيقة فلم يتعرض قط لحلية الزواج بين صغار السن بل ترك الناس أحراراً يتزاوجون كما يشاؤون فى حدود الأوضاع الدينية فى أية سن أرادوا وسلك إلى تحقيق غرضه طريقا غير مباشر ذلك

بأن حرم على عماله قضاة شرعيين كانوا أو مأذونين أن يحرروا عقد زواج رسمى لمن لم تبلغ سن السادس عشرة أو لمن لم يبلغ الثامن عشرة كما حرم على المحاكم الشرعية أن تسمع دعوى زوجية من لم يبلغوا هذه السن .

بهذه الطريقة السلبية غير المباشرة رجا الشارع أن يحمل الأفراد على ما يريد من تقليل الزواج بين الصغار جهد الاستطاعة – ولكن بقى مع ذلك دائما أن من يعقد عقداً مستوفياً شروطه الشرعية الأساسية مهما تكن سنه فعقده صحيح ديانة بل وصحيح قانونا فى غير ما نص على عدم اعتباره فيه وهو مجرد عدم سماع الدعوى به لأنه لو لم يكن كذلك لاعتبرت مقاربة الزوج للزوجة الصغيرة هتك عرض يعاقب عليها بالمادة ٢٣٢ من قانون العقوبات وهذا لا يستطيع أن يقول به أحد » .

وصيانة القانون تحديد السن لمباشرة العقد من التلاعب به صدر أخيراً القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ ونص المادة ٢ منه ما يأتى :

مادة ٢ : يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونا لضبط عقد الزواج أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون .

صيغة الزواج من حيث إطلاقها وتقييدها

إذا صدرت صيغة الزواج من العاقدين غير معلقة على شرط ، ولا مضافة إلى زمن مستقبل ، ولا مقترنة بشرط سمى العقد مطلقا ومنجزا ، ومتى استوفى شرائطه صح وترتبت عليه أحكامه فى الحال .

وإذا صدرت الصيغة معلقة على شرط بأن جعل تحقق مضمون الإيجاب أو القبول أو مضمونهما معلقا على تحقق شيء آخر بأداة من أدوات التعليق سمى العقد معلقا .

فإن كان العقد معلقا على أمر معدوم فى الحال لا ينعقد الزواج سواء كان المعلق عليه على خطر الوجود فى المستقبل أو محقق الوجود فى المستقبل . فلو قال لها إن نجحت فى امتحان آخر هذه السنة تزوجتك فقالت قبلت . أو قال لها إذا جاء فصل الربيع تزوجتك فقالت قبلت لا ينعقد الزواج بصيغة منهما لأن المعلق عليه وهو النجاح فى المثال الأول ومجيء الربيع فى المثال الثانى معدوم فى الحال والمعلق على المعدوم فى الحال معدوم فى الحال فلا زواج : لأن الزواج عقد يفيد ملك المتعة فى الحال ولا يتراخى حكمه عنه .

أما إذا كان التعليق على أمر محقق فى الحال فإن الزواج ينعقد سواء كان محققا وقت التكلم بالصيغة أو تحقق فى مجلس صدورها فلو قالت له إن كانت سنى ست عشر سنة تزوجتك فقال قبلت وسنها فى الواقع ١٦ سنة أو قالت له إن رضى أبى تزوجتك فقال قبلت وقال أبوها فى المجلس رضيت . انعقد الزواج فى الصورتين لأنه مادام المعلق عليه محققا فى الحال فالتعليق صورى والصيغة فى الحقيقة منجزة .

وإذا صدرت الصيغة مضافة إلى زمن مستقبل لا ينعقد بها الزواج فلو قال لها تزوجتك فى أول الشهر المقبل . أو بعد شهرين ، أو غدا ، فقالت قبلت لا ينعقد الزواج لا فى الحال ولا عند حلول الزمن المضاف إليه لأن موجب عقد

الزواج تملك حق الاستمتاع فى الحال ، والاضافة إلى زمن مستقبل تنافى هذا ولذا لا ينعقد الزواج بلفظ الوصية .

وإذا صدرت الصيغة مطلقة على التعليق والإضافة ثم قرنها أحد الزوجين باشتراط شرط له فيه مصلحة سمى الزواج مقترنا بالشرط . فإن كان الشرط صحيحا صح الزواج وصح الشرط وعومل الزوجان بمقتضاه . وإن كان الشرط غير صحيح صح الزواج ولغا الشرط ولا اعتبار له . فلا يجب الوفاء به والشرط الصحيح هو ما يقتضيه العقد كاشتراط الزوجة أن لها على زوجها النفقة . أو يلائمه كاشتراط الزوجة أن يكفل والد زوجها نفقتها أو مهرها . أو ورد به الشرع كاشتراط الزوج أن له أن يطلقها متى شاء . أو جرى به العرف كاشتراط تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه – وغير الصحيح وهو مالا يقتضيه العقد كاشتراط الزوجة أن تسكن فى بيت أبيها . أو يأباه الشرع كاشتراط الزوجين المختلفين دينا أن يتوارثا .

وإذا قرنت الصيغة بتوقيتها بوقت معين كأن قال لها تزوجتك شهراً أو لمدة سنة أو مادمت مقيما بهذا البلد فقالت قبلت لا ينعقد الزواج لأن اقتران الصيغة بالتوقيت يخرجها عن الدلالة على المعنى المقصود من الزواج وهو الازدواج والانضمام ودوام العشرة للتوالد والمحافظة على النسل ولذا لا ينعقد بلفظ الإجارة فالزواج المؤقت لا ينعقد ولا فرق بين ما إذا طال الوقت أو قصر .

ومثله زواج المتعة وهو الزواج الذى لا يراد به العشرة والقرار لتربية النسل بل يقصد منه مجرد الاستمتاع الوقتى كأن يقول لامرأة متعينى نفسك مادمت مقيما ببلدك أو مدة معينة فقالت قبلت لا ينعقد الزواج . فهو والزواج المؤقت سيان لا ينعقد واحد منهما وهذا مذهب الإمام أبى حنيفة وصاحبيه .

وقال زفر إن الزواج المؤقت زواج صحيح اقترن به شرط غير صحيح وهو التوقيت فيصح العقد ويلغو الشرط وإنما كان التوقيت شرطا غير صحيح لأنه لا يلائم مقتضى العقد لما بينا أن الزواج للعشرة والقرار لا للمتعة الوقتية – والصحيح مذهب الإمام وصاحبيه لأن الصيغة لما اقترنت بالتوقيت أو اشتقت من

مادة تفيد التوقيت لم تكن مما ينعقد به الزواج فيبطل لوجود الخلل فى ركنه .

ومن صور الزواج المقترن بشرط غير صحيح زواج الشّغار وهو أن يزوج رجل موليته من آخر على أن يزوجه الآخر موليته بحيث تكون كل واحدة مهراً للأخرى فاشتراط أن يكون المهر ما ذكر شرط غير صحيح لأن المشروط لا يصلح مهراً لأنه ليس بمال متقوم وعلى ذلك يصح الزواج ويلغو الشرط ويعتبر خاليا من ذكر المهر ولهذا سمى زواج الشغار أى الخلو لخلوه من تسمية مهر صحيح ، ويجب فيه مهر المثل .

حكم الزواج : حكم التصرف أو العقد تارة يراد به وصفه الشرعى من الفرضية أو الوجوب أو الحرمة أو الكراهة كما يقال حكم البيع وقت النداء لصلاة الجمعة الحرمة . لقوله تعالى ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع** ﴾ . وتارة يراد به أثره المترتب عليه شرعا كما يقال حكم البيع نقل الملكية فى البدلين .

فأما حكم الزواج بمعنى وصفه الشرعى فإنه يكون فرضا على المسلم إذا قدر على المهر والنفقة وسائر واجبات الزوجية وتيقن من حال نفسه أنه لو لم يتزوج وقع فى معصية الزنا . ويكون واجبا عليه إذا قدر على ما ذكر وخشى أنه لو لم يتزوج وقع فى معصية الزنا . ويكون سنة له إذا قدر على ما ذكر وكان فى حال اعتدال بحيث لا يتيقن الوقوع فى الزنا لو لم يتزوج ولا يخشاه . ويكون حراما عليه الزواج إذا تيقن أنه لو تزوج ظلم زوجته وجار عليها فى المعاملة . ويكون مكروها تحريماً إذا خاف هذا الجور .

والأصل الذى بنيت عليه هذه الأحكام أن ما لا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به فهو فرض ، وأنه إذا تعارض خوف الجور لو تزوج وخوف الوقوع فى الزنا لو لم يتزوج قدم الأول وحظر الزواج[1] لأن الجور معصية متعلقة بالعباد والمنع من

---

(١) ولا يتوهم من حظر الزواج فى هذه الحال إباحة الزنا فإن الزنا حرام لا يباح فى أى حال وعلى الإنسان فى مثل هذه الحال أن يقوم أخلاقه ويقاوم شهواته .

الزنا من حقوق الله . وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى سبحانه وتعالى .

وأما حكم الزواج بمعنى أثره المترتب عليه تبرعا فإنه يختلف باختلاف العقد من حيث استيفاؤه شرائطه الشرعية أو عدم استيفائها – وهذا البيان .

حكم الزواج الباطل : إذا حصل خلل فى صيغة العقد كأن صدرت الصيغة بلفظين يعبر بهما عن المستقبل أو بما لا يدل على تمليك المتعة لا حقيقة ولا مجازاً . أو حصل خلل فى أصل أهلية العاقد لفقده التمييز بسبب جنون أو صغر : أو فقد أى شرط من شرائط الانعقاد كان الزواج باطلا . ولا يترتب على هذا العقد أثر ويعتبر وجوده كعدمه ويجب عليهما الافتراق وإن لم يفترقا فرق بينهما القضاء . وإذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا كان هذا الدخول بمنزلة الزنا غير أن شبهة العقد تسقط الحد . ولا عدة على المدخول بها بعد المتاركة . ولا يثبت به نسب ولا توارث . ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا أى حق من حقوق الزوجية وواجباتها . وعلى قول من أثبت حرمة المصاهرة بالزنا ودواعيه تثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة . وسيتبين هذا فى المحرمات .

حكم الزواج الفاسد : إذا اختل شرط من شروط صحة الزواج كما إذا عقد الزواج بغير حضور الشهود كان الزواج فاسداً ، ويجب على الزوجين الافتراق وإن لم يفترقا فرق بينهما القضاء . ومجرد هذا العقد الفاسد لا يترتب عليه أثر بمعنى أن المتزوجين زواجاً فاسداً إذا افترقا قبل الدخول فلا عدة على الزوجة ولا مهر لها ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان لو مات أحدهما ولا يترتب على مجرد هذا العقد أى أثر .

أما إذا دخل الزوج دخولا حقيقيا بمن تزوجها زواجا فاسدا فإنه يترتب على هذا الدخول أربعة آثار من آثار الزوجية وهى :

(١) وجوب المهر على الزوج أما مهر المثل إن لم يكن سمى فى العقد مهر أو الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن سمى فى العقد مهر وذلك لأن الدخول الحقيقى بالمرأة لابد أن يترتب عليه فى الشريعة الإسلامية أحد أمرين ، المهر أو

الحد . وحيث انتفى هنا الحد لشبهة العقد فيجب المهر وهذا معنى قول الفقهاء الوطء شرعا لا يخلو من عقَر أو عقُر أى من حد أو مهر .

(٢) وجوب العدة على الزوجة بعد التفريق بينهما ومبدؤها من وقت التفريق وحكمة وجوبها اتقاء اختلاط الأنساب .

(٣) ثبوت نسب الولد الذى تحمل به من الدخول فى هذا الزواج الفاسد وذلك احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه .

(٤) حرمة المصاهرة فيحرم على زوجها أصولها وفروعها وتحرم هى على أصوله وفروعه .

وما عدا هذا من آثار الزواج الشرعى لا يترتب على الدخول بعد العقد الفاسد فلا تجب به نفقة ولا طاعة ولا يتوارث الزوجان ولا يحل استمتاع أحدهما بالآخر .

فعلى هذا يشترك كل من الزواج الباطل والفاسد فى وجوب الافتراق على الزوجين رفعاً لهذا البطلان أو الفساد فإن افترق الزوجان من تلقاء أنفسهما فيها وإلا رفع الأمر إلى القضاء الشرعى ليحكم بالتفريق بينهما . وهذا من المواضع التى ترفع فيها الدعوى حسبة لأنها من باب إزالة المنكر مع مراعاة ما نص عليه فى المنشور رقم ٣٥ سنة ١٩١٨[1] – ويشتركان أيضاً فى أن مجرد العقد فيهما لا يترتب عليه أثر – ويختلفان فيما إذا دخل الزوج بزوجته على ما بينا .

وقد قدمنا أن من شروط صحة الزواج كون الزوجة غير محرمة على زوجها بأى سبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت . ومقتضى هذا أن الزواج الذى فقد هذا الشرط يكون فاسداً ويكون حكمه كما ذكرنا من وجوب التفريق وعدم

---

(١) « اعلانات دعاوى التفريق بين الزوجين بطريق الحسبة يجب أن تحال بمجرد تقديمها للمحكمة على وزارة الحقانية لتتولى عمل التحريات التمهيدية اللازمة فى ذلك ثم تعاد الاعلانات إلى المحكمة مرفقة بأوراق التحريات لتستعين بها المحاكم فى تقدير النزاع المطروح أمامها حق قدره فهمه على حقيقته من أن هذه الدعوى يراد بها حقيقة رفع المنكر أو لا يراد منها إلا التشهير بالغير أو الانتقام منه أو غير ذلك من المقاصد التى لا تتفق مع مشروعية الحسبة كالتحايل لاعادة النظر فى قضية طلاق سبق الفصل فيها بين الزوجين » نص المنشور ٣٥ سنة ١٩١٨ .

ترتب أثر ما على مجرد العقد وترتب الآثار الأربعة على الدخول الحقيقى بعد العقد . ولكن يعترض هذا ما نص عليه فقهاء الحنفية من أنه إذا تزوج أحد إحدى محارمه نسباً أو رضاعا أو مصاهرة أو زوجة غيره أو معتدته ودخل بها عالما بالحرمة فلا عدة على المرأة بعد التفريق ولا يحرم وقاعها على الزوج الأول لو متزوجة . وإن دخل بها غير عالم بالحرمة تجب عليها العدة ويحرم على زوجها الأول وقاعها قبل انقضائها . فمقتضى هذا أن زواج المحارم مع العلم بالحرمة يكون باطلا ولا عدة فى باطل – وزواجهن مع عدم العلم بالحرمة كما إذا تزوجها غير عالم أنها أخته رضاعا أو غير عالم أنها معتدة غيره يكون فاسدا وتجب فى الفاسد العدة بعد المتاركة والدخول .

فتكون الخلاصة من هذا أن الزواج الباطل هو ما حصل خلل فى ركنه أو أهلية عاقديه أو فقد شرط من شروط انعقاده . ويلحق به فى الحكم ما إذا حصل خلل فى المعقود عليها بأن كانت محرمة على زوجها معلوماً للعاقدين وقت العقد أنها حرام عليه .

وأن الزواج الفاسد هو ما لم تحضره شهود أو حصل خلل فى المعقود عليها ولكن لم يكن هذا الخلل معلوما للعاقدين وقت العقد . بأن جهل أنها محرمة . وبهذا يوفق بين الأحكام .

حكم الزواج الموقوف : قال ابن عابدين « وحكم الدخول فى الزواج الموقوف كالدخول فى الفاسد فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل » وذلك لأن الزواج الموقوف استوفى شرائط إنعقاده وصحته فما دام موقوفا أى لم يجزه الولى ولم يبطله يترتب على الدخول الحقيقى فيه الآثار الأربعة التى تترتب على الدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد . فإذا زوج المعتوه مثلا نفسه وقبل أن يرد وليه هذا الزواج أو يجيزه دخل بزوجته ترتب على هذا الدخول وجوب العدة على الزوجة بعد المشاركة ووجوب المهر على الزوج ، وثبوت النسب ، وحرمة المصاهرة .

حكم الزواج الصحيح النافذ : أما عقد الزواج الصحيح النافذ فبمجرد

تمامه تترتب عليه آثار الزوجية من حقوق وواجبات بدون توقف على دخول الزوج بزوجته حقيقة أو حكماً .

فنفس العقد الصحيح النافذ يوجب للزوجة على زوجها ما يأتى :

(١) المهر إما المسمى إن سمى تسمية صحيحة وإما مهر المثل إن لم توجد تسمية صحيحة فيكون المهر بمجرد العقد ديناً واجباً لها فى ذمته وجوباً على شرف التنصيف أو السقوط حتى يوجد ما يقرره أى أنه واجب بالعقد ولكنه عرضة لأن يسقط أو ينصف . كما سيبين فى أحكام المهر .

(٢) والنفقة بجميع أنواعها من طعام وكسوة ومسكن فتكون بالعقد حقا واجبا لها عليه ما لم تمتنع من طاعته بغير حق .

(٣) والعدل بينها وبين ضرائرها إذا تعددت الزوجات .

ويوجب الزوج على زوجته :

(١) دخولها فى طاعته فى المسكن الشرعى الذى يهيئه لها متى أوفاها معجل صداقها وكان أمينا على نفسها ومالها .

(٢) وثبوت نسب ولدها منه بالشروط الآتية فى ثبوت النسب لأنه بمجرد العقد الصحيح يتحقق الفراش .

(٣) وقرارها فى بيته وعدم خروجها منه بغير حق شرعى إلا بإذنه وامتثالها له فيما لا يمنع مانع شرعى من الامتثال فيه .

(٤) وولاية تأديبها بالمعروف شرعا .

ويوجب لكل منهما :

(١) التوارث فإذا مات أحدهما بعد العقد وقبل الدخول ورثه الحى منهما مالم يمنع من إرثه مانع شرعى .

(٢) وحرمة المصاهرة فبالعقد تحرم الزوجة على أصول زوجها وفروعه ويحرم على الزوج أصول زوجته وأما فروعها فلا تحرم عليه إلا إن دخل بها .

(٣) وحل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون به شرعا ما لم يمنع مانع شرعى من حيض أو نفاس أو غيرهما .

(٤) وحسن معاشرة كل منهما لصاحبه .

المحرمـــات من النســـاء

قدمنا أن من شروط صحة الزواج أن تكون المعقود عليها غير محرمة على من يريد الزواج بها بأى سبب من أسباب التحريم .

وهذا تفصيل المحرمات من النساء مؤبداً والمحرمات منهن مؤقتاً .

من النساء من يحرم على المسلم أن يتزوج بواحدة منهن حرمة مؤبدة دائمة على معنى أنها لا تحل أن تكون زوجة له فى وقت من الأوقات . وهن النساء اللاتى تربطه بهن رابطة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع . ومنهن من يحرم عليه أن يتزوج بواحدة منهن حرمة مؤقتة على معنى أنها لا تحل أن تكون زوجة له مادامت على حال خاصة قائمة بها فإن تغيرت الحال وزال سبب التحريم الوقتى صارت حلالا له أن يتزوجها ، وهن من تعلق حق غيره بها بزواج أو عدة . ومطلقته ثلاثا قبل أن تنكح زوجا غيره ، ومن يكون فى عصمته محرم لها . ومن يكون فى عصمته أربع سواها ، ومن لا تدين بدين سماوى ، والأَمَة إذا كانت فى عصمته حرة .

ومن عدا ذلك من النساء يحل للمسلم أن يتزوج منهن لأن الله سبحانه بعد أن بين المحرمات قال عزشأنه :﴿ **وأحل لكم ما وراء ذلكم** ﴾ .

الحكمة فى تحريم من حرم من النساء :

أما تحريم من حرم من النساء مؤبداً بسبب القرابة أو المصاهرة أو الرضا فحكمته عدة أمور :

الأول : أن كل إنسان فى هذه الحياة محتاج إلى الارتباط بأفراد نوعه وإلى عدة وسائل لهذا الارتباط بهم حتى يتبادل معهم الحاجات ويتعاونوا على ما تتطلبه معيشتهم وفى صلة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع ما يكفل إيجاد هذا الارتباط

ويحقق تعاون المرتبطين بها . لهذا جعل الله الزواج وسيلة لإيجاد رابطة أخرى تربط الزوج بمن تكون أجنبية عنه لا تربطه بها صلة قرابة أو مصاهرة أو رضاع حتى تكون الزوجية وصلة بين الأجانب ، وكم أسر متباعدة صارت بالتزواج أسرة واحدة .

الثانى : أن الإنسان كما أنه فى حاجة إلى اكتساب رابطة تربطه بالأجانب عنه فى حاجة إلى الاحتفاظ بصلات تربطه بهم من رابطة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع ، وفى إباحة الزواج بمن تربطه بهم إحدى هذه الروابط تعريض الوصلة بهم إلى القطيعة لأن تبادل الحقوق والواجبات بين الزوجين قد يؤدى إلى الخلف والخصومة فتتحول القرابة إلى عداوة ويفقد المرء آثار الارتباط بمن تربطه بهم تلك الصلات .

الثالث : أن للقرابة حقوقاً وللزوجية حقوقاً وقد تتنافى هذه الحقوق وتتعارض فتكون من تجب لها الطاعة واجباً عليها الطاعة ومن له الرياسة مرءوساً .

الرابع : ما قرره الأطباء من أن الزواج بالأقارب ينتج النسل الضعيف وأن مصلحة الطفل فى أن يتولد من أبوين من أسرتين لأن هذا يهيء له ما قد يكون فيه نماؤه وقوته على المقاومة وسلامته من الأمراض .

وأما تحريم من حرم من النساء لأسباب وقتية فكل سبب من أسباب هذا التحريم الوقتى يشعر بحكمته وهى ترجع إلى منع الإنسان من الاعتداء على غيره . والخروج عن حدود دينه . وقطعه الرحم بين القريبات . واتخاذه زوجة لا تأتلف به غالبا وليس من شأنها أن تتبادل معه ما تقتضية الزوجية من مودة ورحمة وغير ذلك مما سيتبين فى تفصيل المحرمات .

المحرمـــات مؤبـــدا

(١) بسبب النسب (القرابة)

بين الله سبحانه المحرمات بسبب القرابة بقوله : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم . وبناتكم وأخواتكم . وعماتكم وخالاتكم . وبنات الأخ وبنات الأخت** ﴾ .

فيؤخذ من القرآن الكريم أن المسلم يحرم عليه بسبب القرابة أربعة أنواع من قريباته وهن :

(١) أصوله أى أمه وأم أمه وأم أبيه وإن علت لأن لفظ الأم معناه الأصل فيشمل الجميع « حرمت عليكم أمهاتكم » .

(٢) وفروعه أى بنته وبنت بنته وبنت ابنه وإن سفلت لأن لفظ البنت معناه الفرع فيشمل الجميع « وبناتكم » .

(٣) وفروع أبويه أى أخواته وبنات إخوته وأخواته وإن نزلت لا فرق بين الشقيقة أو لأب أو لأم « وأخواتكم وبنات الأخ وبنات الأخت » .

(٤) وفروع جديه إذا انفصلن بدرجة واحدة أى عماته وخالاته . أما فروع جد اللاتى انفصلن بأكثر من درجة فليست من المحرمات وهن بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات وبناتهن « وعماتكم وخالاتكم » .

(٢) بسبب المصاهرة

بين الله سبحانه المحرمات بسبب المصاهرة بقوله : ﴿ **وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم . وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم** ﴾ وقوله جل شأنه : ﴿ **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف** ﴾ .

فيؤخذ من القرآن الكريم أن المسلم يحرم عليه بسبب المصاهرة أربعة أنواع وهن :

(١) أصول زوجته أى أمها وأم أمها وأم أبيها وإن علت « وأمهات نسائكم ».

(٢) وفروع زوجته التى دخل بها أى بنتها وبنت بنتها وبنت ابنها وإن سفلت « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » .

(٣) وزوجة أصله أى زوجة أبيه وجده وإن علا « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » .

(٤) وزوجة فرعه أى زوجة ابنه وابن ابنه وابن بنته وإن نزل « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » .

فالدخول بالزوجة شرط لتحريم فرعها فقط . أما أصلها وزوجة الأصل وزوجة الفرع فتحرم بمجرد عقد الزواج ولو لم يحصل دخول ولذا قال الفقهاء : العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات .

وعلى هذا لو عقد زواجه بامرأة ثم ماتت قبل أن يدخل بها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا تحرم عليه بنتها ولا أى أنثى من فروعها . ولكن تحرم عليه أمها وكل انثى من أصولها . ولو مات هو أو طلقها قبل الدخول تحرم هى على أصوله وفروعه .

ومن زنا بامرأة أو لمسها أو قبلها أو نظر إليها بشهوة ترتب على فعله حرمة المصاهرة فيحرم على الزانى أصول من زنى بها وفروعها وتحرم هى على أصوله وفروعه . ففى مذهب الحنفية الزنا تثبت به حرمة المصاهرة ومثله مقدماته ودواعيه حتى لو زنى الرجل بأم زوجته أو بنتها حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة وفى هذا أقوى ردع عن ارتكاب معصية الزنا ودواعيه مع أصول الزوجة أو فروعها . وأما فى مذهب الشافعية فلا تثبت حرمة المصاهرة بالزنا ودواعيه لأن حرمة المصاهرة رابطة تجعل الأجانب محارم كالأقارب وهذه الرابطة نعمة لا تترتب إلا على العقد أو الدخول الشرعيين ولا تبنى على المحظور .

(٣) بسبب الرضاع

بينت المحرمات بسبب الرضاع فى القرآن بقوله تعالى : ﴿ **وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾ وفى السنة بقوله ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وألحق الفقهاء المصاهرة بالنسب فقالوا : كل من تحرم بالنسب أو المصاهرة تحرم بالرضاع .

فإذا أرضعت الطفل امرأة وهو فى سن الرضاع أى فى الحولين الأولين من عمره سواء رضع قليلا أو كثيراً فى مرة أو فى عدة مرات صارت هذه التى أرضعته أما له من الرضاعة بمنزلة أمه من النسب ، وصارت أخواتها خالات له من الرضاعة ، وزوجها الذى در اللبن من ثديها بسببه أبا له من الرضاعة وأخوات هذا الزوج عمات له من الرضاعة ، وأولادها الذين أرضعتهم من ثديها أخواته وأخوته من الرضاعة سواء أرضعتهم معه أو قبله أو بعده وسواء كانوا أولادها من هذا الزوج أو من غيره .

فكما يحرم على المسلم بالنسب أصوله ، وفروعه ، وفروع أبويه وإن نزلن وفروع جديه إذا انفصلن بدرجة واحدة يحرم عليه بالرضاع :

١ – أصوله أى أمه رضاعاً وأمها وإن علت وأم أبيه رضاعا وأمها وإن علت .

٢ – وفروعه أى بنته رضاعا وبنتها وإن نزلت وبنت ابنه رضاعا وبنتها وإن نزلت .

٣ – وفروع أبويه أى أخواته رضاعا وبناتهن وإن نزلن ، وبنات أخوته رضاعا وبناتهن وإن نزلن .

٤ – وفروع جديه اللاتى انفصلن بدرجة واحدة أى عماته وخالاته رضاعًا أما بنات عماته وأعمامه رضاعا وبنات أخواله وخالاته رضاعا فتحل له كما تحل له نسبا .

وكما يحرم على المسلم بالمصاهرة أصول زوجته مطلقا ، وفروع زوجته المدخول بها ، وزوجات أصوله وزوجات فروعه يحرم عليه من الرضاعة .

١ - الأم الرضاعية لزوجته وأمها وإن علت .

٢ - البنت الرضاعية لزوجته وبنتها وإن نزلت وبنت ابنها الرضاعى وبنتها وإن نزلت بشرط أن تكون زوجته مدخولا بها .

٣ - وزوجات أبيه الرضاعي وأبى أبيه وإن علا .

٤ - وزوجات ابنه الرضاعي وابن ابنه وإن نزل .

فالمحرمات من النساء بالرضاع ثمانية أنواع وهن الأربع المحرمات بالنسب والأربع المحرمات بالمصاهرة .

والدليل على تحريمهن قوله تعالى فى بيان المحرمات : ﴿ **وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾ ، وهذه الآية الكريمة صريحة فى تحريم خصوص الأمهات رضاعا والأخوات رضاعا ولكنها تشير إلى تحريم الباقيات لأنها أطلقت على التى أرضعت أنها أم وعلى أولادها أنهم أخوة وأخوات فدل هذا الإطلاق على أن الرضاعة تصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله لأنه بتغذيته من لبنها صار بعضها وبعض زوجها ، وعن هذه الفرعية والأصلية تتفرع سائر المحرمات وهذا الذى أشارت إليه الآية صرح به الحديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . وإذا كانت التى أرضعت كالتى ولدت كل منهما أم فأم الزوجة رضاعا كأمها نسباً وبنتها رضاعا كبنتها نسبا وإذا كان زوج المرضعة أبا للرضيع والرضيع فرع له فزوجة الأب الرضاعى كزوجة الأب النسبى وزوجة الابن الرضاعى كزوجة الابن النسبى ولهذا حرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة كما حرم من الرضاع ما يحرم بالنسب .

وقد توجد بعض صور ظاهرها أنها مستثناة من هذا النص « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ولكن عند التأمل فيها وتحقيق معنى النص يتبين أنه لا استثناء .

من ذلك أنه يحرم على المسلم أم أخيه نسبا لأنه إن كان أخاه الشقيق أو أخاه لأمه فهى أمه وإن كان أخاه لأبيه فهى زوجة أبيه ولا تحرم عليه أم أخيه رضاعا لأنها أجنبية منه ولم يتحقق فيها بالنسبة له سبب من أسباب التحريم . وكذلك يحرم على المسلم أخت ابنه نسبا لأنها إما بنته أو بنت زوجته المدخول بها

ولا تحرم عليه أخت ابنه رضاعا لأنها أجنبية منه . كما لا تحرم عليه أخت أخيه رضاعا وجدة ابنه رضاعا .

والضابط العام لهذه الصور أنها جزئيات فى حال القرابة النسبية يتحقق فيها سبب من أسباب التحريم بأن توجد الأصلية أو الفرعية أو فرعية الأبوين أو الجدين .. وفى حال الرضاع لا يتحقق فيها سبب من ذلك فلا يوجد تحريم لأن معنى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أنه إذا وجدت من الرضاع أصلية أو فرعية أبوين أو فرعية جدين .. فإنها تحرم كما فى حال وجودها من النسب ، وعند تحليل هذه الصور يتبين أن ليس فيها سبب تحريم .

المحرمــات مؤقتــاً

١ - **زوجة الغير ومعتدته** : يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأة هى زوجة غيره أو معتدته فإذا كانت المرأة زوجيتها بغيره قائمة حقيقية بأن لم تقع بينهما فرقة بأى سبب أو قائمة حكما بأن كانت فى العدة بعد الفرقة فإنه يحرم عليه التزوج بها . لكن إذا انقطعت هذه الزوجية بتاتا بأن طلقت الزوجة أو مات عنها زوجها وانقضت عدتها فإن هذا التحريم يزول لزوال سببه .

والدليل على هذا التحريم قوله تعالى فى بيان المحرمات : ﴿ **والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم** ﴾ والمراد هنا بالمحصنات المتزوجات فهن من المحرمات . وقوله تعالى فى شأن المعتدة من وفاة : ﴿ **ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله** ﴾ أى ولا تبرموا عقد الزواج حتى تنقضى العدة وقوله سبحانه فى شأن المطلقات : ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾ أى ينتظرن ولا يتزوجن ، والحكمة فى هذا منع الإنسان من الاعتداء على غيره بالتزوج من زوجته أو معتدته ، وحفظ الأنساب من الاختلاط والضياع ولهذا لم يفرق الشارع بين ما إذا كانت زوجة للغير بزواج صحيح . أو مدخولا بها بعد زواج فاسد . أو بناء على شبهة . لأنها فى الحالات الثلاث فراش يثبت نسب ولدها من زوجها أو ممن دخل بها .

وأما لو كانت المرأة حاملا من الزنا فإنها لم يقم بها سبب هذا التحريم لأنها لا هى زوجة للغير ولا معتدته فيحل التزوج بها لمن زنا بها ولغيره غير أنه إذا تزوجها من زنى بها فلا يحرم عليه قربانها فى الحال . وأما إذا تزوجها غير الزانى بها فإنه يحرم عليه أن يدخل بها قبل أن تضع حملها لقوله ﷺ : « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غيره » .

٢ - **الجمع بين محرمين** : يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأتين محرمتين أى تحرم إحداهما على الأخرى بأى سبب من أسباب التحريم . لو فرضت أحدهما رجلا .

فلا يحل له أن يجمع بين الأختين ولا بين البنت وأمها أو عمتها أو خالتها لقوله تعالى : ﴿ **وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف** ﴾ ولقوله ﷺ : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وذلك لأن العداوة بين الضرائر لا تخفى .

فالمرأتان المحرمتان لا يحل الجمع بينهما بالزواج لا حقيقة بأن يجعلهما معا فى عصمته ولا حكما بأن يتزوج الثانية وما تزال الأولى فى عدته لأنها مادامت فى عدته فهى زوجته حكما . ولا فرق بين أن يكونا محرمتين بسبب النسب أو بسبب الرضاع فالأختان رضاعا كالأختين نسباً لا يحل الجمع بينهما لأن الشارع لا يبيح ما يقطع الصلة ويفكك الروابط ويجعل ذوات القربى ضرائر .

ولابد أن تكون الحرمة بينهما ثابتة من الجانبين على معنى أن أية واحدة منهما لو فرضت رجلا حرمت عليه الأخرى فلو كانت الحرمة من جانب واحد جاز الجمع بينهما فيجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لأنه لو فرضت البنت رجلا ما جاز له أن يتزوج بامرأة أبيه ، ولكن لو فرضت المرأة رجلا جاز له التزوج بالبنت لأنه لا صلة بينهما بقرابة أو رضاع فالحرمة من جانب واحد ولهذا جاز الجمع[1] .

ولو أقدم رجل على الجمع بين المحرمين وتزوج الأختين مثلا فإما أن يتزوجهما بعقد واحد أو بعقدين فإن تزوجهما بعقد واحد وليس بواحدة منهما مانع فسد عقده عليهما وتجرى على هذا العقد أحكام الزواج الفاسد فيجب الافتراق على المتعاقدين وإلا فرق بينهما القضاء وإذا حصل التفريق قبل الدخول فلا مهر لواحدة منهما ولا يترتب على مجرد هذا العقد أثر وإن حصل بعد الدخول فللمدخول بها مهر المثل أو الأقل من مهر المثل والمسمى ويترتب على الدخول بها

---

(١) وقال زفر متى ثبت حرمة أحدهما على الأخرى ولو من جانب واحد يحرم الجمع بينهما .

سائر الآثار التى تترتب على الدخول بعد الزواج الفاسد ، أما إذا كان بإحداهما مانع شرعى بأن كانت زوجة غيره أو معتدته مثلا والأخرى ليس بها مانع فإن العقد بالنسبة للخالية من المانع صحيح وبالنسبة للأخرى فاسد تجرى عليه أحكامه .

وإن تزوجهما بعقدين متعاقبين واستوفى كل واحد من العقدين أركانه وشروطه وعلم أسبقهما فهو الصحيح واللاحق فاسد . وإن استوفى أحدهما فقط شروط صحته فهو الصحيح سواء كان السابق أو اللاحق .

وإن لم يعلم أسبقهما أو علم ونسى كأن يوكل رجلين بتزويجه فيزوجانه من اثنتين يتبين أنهما أختان ولا يعلم أسبق العقدين أو علم ونسى فالعقدان غير صحيحين لعدم المرجح وتجرى عليهما أحكام الزواج الفاسد .

٣ - **الجمع بين أكثر من أربع زوجات** : يحرم على المسلم أن يجمع فى عصمته أكثر من زوجات أربع . فمن فى عصمته أربع زوجات وعقد زواجه بخامسة فإن زواجه بهذه الخامسة فاسد لأنها محرمة عليه مادام فى عصمته أربع سواها ولا فرق بين أن تكون الأربع فى عصمته حقيقة بأن لم يطلق واحدة منهن أو حكما بأن طلق إحداهن ولكنها مازالت فى عدته .

والدليل على إباحة التزوج بأربع وتحريم مازاد عليهن قوله تعالى فى سورة النساء : ﴿ **وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم** ﴾ وقوله ﷺ لمن أسلم وكانت له عشر نسوة فى الجاهلية أسلمن معه : « أمسك أربعا وفارق سواهن » .

والحكمة فى إباحة تعدد الزوجات أمور :

منها : أن الرجل قد لا تحصن نفسه واحدة فصونا له من الزنا واتخاذ الخليلات أباح الله له التزوج بأكثر من واحدة ، ولم يبح للمرأة أكثر من زوج لئلا تضيع الأولاد باختلاط الأنساب .

ومنها : أن عدد النساء فى الغالب يزيد على عدد الرجال فى أكثر الأمم فإذا لم يبح للرجل إلا واحدة بقى عدد من النساء بلا عائل يقوم بشؤونهن ومن غير زوج يحصن نفوسهن فيكن عرضة للسقوط .

ومنها : أن الغرض الأول من الزواج وهو التوالد والتناسل يكون أكثر تحققا بتعدد الزوجات .

ومنها : أن الزوج قد يجد زوجته عقيما ولا يرضى أن يفارقها لعقمها ولا يرضى أن يعيش محروما من نعمة الأبوة فأباح الله له أن يتزوج معها أخرى للخلاص من هذا الحرج .

ومما يعترض على إباحة التعدد أنه يؤدى إلى فساد الأسر لأن العداوة بين الضرائر لا تنقطع ولها أسوأ النتائج فى حل الروابط بين أفراد الأسرة . ولأن أولاد الرجل الواحد من أمهات شتى ينشأون متعادين متباغضين . ولأن الرجل فى الغالب لا يستطيع العدل بين الزوجات ولا القيام بشؤونهن جميعا فتكثر الخصومات والمنازعات .

ولكن الشارع رأى أن مضار إباحة التعدد أخف من مضار حظره . فاتقى أشد الضررين بإباحة أخفهما وأباح التعدد وقيد هذه الإباحة بالقدرة على العدل بين الزوجات فمن خاف أن لا يعدل بين المتعددات فلا تباح له إلا واحده .

وإن ما أباحه الشارع من التعدد مع تقييد العدد بقصره على أربع واشتراط القدرة على العدل بينهن هو وسط معتدل بين ما كانت عليه الجاهلية من إباحة التعدد إلى غير حد . وما عليه بعض الأمم الآن من حظر التعدد مطلقا فإن لكلُ من هذين الطرفين أضراراً لا تخفى على من ينظر بعين النصفة ويبتغي وجه الحق .

٤ – **المطلقة ثلاثا** : من طلق زوجته ثلاث تطليقات فقد استنفد ما يملكه من عدد طلقاتها وبانت منه بينونة كبري وصارت لا تحل له إلا إذا انقضت عدتها منه ثم تزوجها زوج آخر وفارقها هذا الآخر بعد أن دخل بها وانقضت عدتها فحينئذ يحل لمطلقها الأول أن يتزوجها ثانيا .

والدليل على هذا قوله تعالى : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ ثم قوله : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** ﴾ وبينت السنة أن زواج الثاني لا يحلها للأول إلا بعد الدخول الحقيقي .

والحكمة فى هذا أن الزوج إذا علم أنه بإيقاع الطلقات الثلاث تحرم عليه زوجته حتى تتزوج غيره يتروى فى إيقاع الطلاق ولا يتسرع فى الإقدام عليه فيكون حل العصمة على أساس التفكير وتدبر العواقب .

وكذلك الزوجة إذا علمت أن وقوع الطلقات الثلاث عليها يحرمها على مطلقها ويضطرها إلى الزواج بغيره حملها ذلك على حسن العشرة واجتناب ما يؤدى إلى إيقاع طلاق عليها .

وحكمة ثانية : إن الزوجة إذا عادت إلى مطلقها بعد أن تزوجت غيره تكون قد خبرت أخلاق الرجال وعادت إلى زوجها الأول بعد هذه التجربة بأخلاق غير الأولى فلا يعود الشقاق الذى كان قد استوجب وقوع تلك الطلقات .

٥ – **من لا تدين بدين سماوى** : يحرم على المسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوى ولا تؤمن برسول ولا كتاب إلهى بأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتى يعبدن الأصنام أو المجوسيات اللاتى يعبدن النار أو الصابئات اللاتى يعبدن الكواكب ، وإنما يباح للمسلم أن يتزوج مسلمة أو كتابية ممن تؤمن برسول وكتاب كاليهودية التى تؤمن بموسى والتوراة ، والمسيحية التى تؤمن بعيسى الإنجيل ، ولا يباح للمسلمة أن تتزوج إلا مسلما .

أما الدليل على أن المسلم لا يباح له زواج المشركة فهو قوله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم** ﴾ وقوله ﷺ فى شأن المجوس : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » .

وأما الدليل على أن المسلم يباح له زواج المسلمة والكتابية فهو قوله تعالى : ﴿ **اليوم أحل لكم الطيبات . وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم . وطعامكم**

حل لهم . والمحصنات من المؤمنات . والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ .

وأما الدليل على أن المسلمة لا يباح لها أن تتزوج غير المسلم فهو قوله تعالى : **﴿ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم ﴾** وقوله تعالى فى شأن المهاجرات من دار الكفر إلى دار الإسلام : **﴿ يأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن ﴾** .

والحكمة فى هذا أن أهم أغراض الزوجية من سكون أحد الزوجين للآخر واطمئنانه إليه وتعاونهما وتبادلهما المودة والرحمة لا تتحقق غالباً إلا مع اتحاد الزوجين ديناً لأن اعتقادهما يكون واحداً وكذلك ما يجب عليهما وما يحرم وما يحل . ولكن لما كان المسلم والكتابية تجمعهما كلمة واحدة وهى كلمة التوحيد كان بينهما من التقارب ما يمكن أن تتحقق معه أغراض الزوجة .

قال تعالى : **﴿ قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئا ولا يتخذ بعضنا بعضا أرباباً من دون الله ﴾** .

فهذه الكلمة السواء بين المسلم وأهل الكتاب قاربت بينهم وأحلت زواج المسلم بالكتابية . ولا كذلك المسلم والمشركة فإنهما لا تجمعهما كلمة وبينهما غاية البون وشدة الخلف ولا تتحقق بينهما أغراض الزوجية فلهذا حرمت على المسلم المشركة .

ولما كان للزوج سلطان على زوجته وهى فى الغالب عرضة لأن تتأثر به وتتابعه فى دينه حرم على المسلمة أن تتزوج غير مسلم حتى لا تكون عرضة لمفارقتها الإسلامية بتأثير زوجها وسلطانه لأن الدين لا يبيح للمتدين به ما يجعله عرضة للخروج منه .

٦ – **الأمة على الحرة** : من فى عصمته زوجة حرة يحرم عليه أن يتزوج معها زوجة غير حرة لقوله ﷺ : « لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على

الأمة » والحكمة فى هذا عدم امتهان كرامة الحرة بتزوج الرقيقة عليها . والتنويه بشرف الحرية . ولهذا التنويه جعل الله إباحة زواج الأمة مقيدة بما إذا لم يستطع زواج الحرة قال تعالى : ﴿ **ومن لم يستطع منكم طَولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات** ﴾ ولكن الطَّول على مذهب أبى حنيفة يتحقق بوجود الحرة فى عصمته فعلا لا بمطلق القدرة المالية على زواج الحرة فمن فى عصمته حرة فهو مستطيع طولا زواج الحرائر فلا يحل له زواج الرقيقات .

الولاية على الزواج

من تثبت عليه هذه الولاية : قدمنا فى شروط الزواج أن فاقد الأهلية وهو الصغير غير المميز والمجنون لا ينعقد زواجه بنفسه وإنما الذى يزوجه وليه ، وأن ناقص الأهلية وهو الصغير المميز والمعتوه والرقيق المملوك لا ينفذ زواجه بنفسه وإنما يتوقف على إذن وليه أو إجازته .

فمن هذا يؤخذ أن فاقد الأهلية وناقصها تثبت لغيرهما عليهما ولاية التزويج وهى التى تسمى الولاية على النفس ، فلمن له الولاية عليهما أن يزوجهما وينفذ عليهما تزويجه جبرا عنهما ولذا عرف الفقهاء الولاية بأنها تنفيذ القول على الغير جبرا عنه . وليس لواحد منهما الولاية على نفسه ، لأن فقد أهليته أو نقصها سلبه ولايته على نفسه .

والحكمة فى هذا أن الزواج عقد له خطره وشأنه لما يترتب عليه من حقوق وآثار ، ووجه المصلحة فيه لا يدركها أصلا فاقد الأهلية ، ولا يستقل بفهمها ناقصها ، وقد تدعو الحاجة إلى زواج واحد منهما لجلب منفعة أو دفع مضرة فدفعا لما قد يطرأ من هذه الحاجات ، وتلافياً لما قد يلحق فاقد الأهلية أو ناقصها من مباشرته بنفسه زوجية لا مصلحة لهما فيها جعلت ولاية تزويجهما للولى عليهما ليقدر برأيه ونظره وشفقته ما فيه المصلحة ويباشر ما يراه خيراً لهما وتقوم إرادته ورضاه مقام إرادة المولى عليه ورضاه . وبهذا يجمع بين دفع الحاجة وتلافى الضرر كما جعلت الولاية على مالهما للولى المالى تحقيقا لهذه الحكمة .

من تثبت له هذه الولاية : أما الرقيق المملوك فولاية تزويجه لمالكه سواء كان صغيراً أو كبيراً كامل العقل أو فاقده أو ناقصه لأن رقه جعل لمالكه هذا الحق عليه وسلبه حق ولايته على نفسه .

وأما الحر الصغير مميزاً كان أو غير مميز . والكبير الملحق به لجنون أو عته

فولاية تزويج كل منهما لعصبته وسائر أقاربه ، فإن لم يوجد له ولى مستوف شروط الولاية من عصبته وسائر أقاربه فولاية تزويجه للقاضى .

وترتيب العصبة فى الولاية كترتيبهم فى الإرث فيقدم من كان من جهة البنوة أى الابن وابن الابن وإن نزل ، ثم من كان من جهة الأبوة أى الأب وأبو الأب وإن علا ، ثم من كان من جهة الأخوة أى الأخ الشقيق والأخ لأب وابن كل منهما وإن نزل ، ثم من كان من جهة العمومة أى العم الشقيق والعم لأب وابن كل منهما وإن نزل ويسمى هذا تقديماً بالجهة .

وبناء عليه إذا اجتمع للمعتوهة ابنها وأبوها وكل منهما مستوف شروط الولاية فالولاية لابنها لا لأبيها .

وإذا اجتمع عدة عصبات من جهة واحدة واستوفى كل منهم شروط الولاية قدم أقربهم درجة إلى المولى عليه فيقدم الابن على ابن الابن ، والأب على الجد ، والأخ على ابنه ، والعم الشقيق على ابنه والعم لأب على ابنه ، ويسمى هذا تقديماً بقرب الدرجة .

وإذا اجتمع عدة عصبات من جهة واحدة ودرجة واحدة قدم أقواهم قرابة بالمولى عليه فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب وابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب ويسمى هذا تقديماً بقوة القرابة .

أما إذا اجتمع عدة عصبات من جهة واحدة ودرجة واحدة وفى قوة قرابة واحدة كابنين أو أخوين شقيقين واستوفى كل منهما شروط الولاية فإن كل واحد منهما له ولاية التزويج لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر ، وأى واحد منهما إذا انفرد بتزويج الصغير أو من فى حكمه صح عقده .

وإذا لم يوجد له ولى عاصب من هؤلاء ولم يوجد له عاصب من طريق الولاء وهم المعتق وعصبته انتقلت الولاية إلى سائر أقاربه من أصحاب الفروض وذوى الأرحام ويقدم منهم من كان من جهة الأصول عدا الجد غير الصحيح أى تقدم الأم وأم الأب وأم الأم ثم من كان من جهة الفروع أى البنت وبنت الابن وبنت البنت ثم الجد غير الصحيح ثم من كان من فروع الأبوين أى الأخوات ثم

أولادهن ، ثم من كان من فروع الجدين أى العمات والأعمام لأم ثم الأخوال والخالات .

وإذا اجتمع عدة من هؤلاء الأقارب من جهة واحدة يقدم أقربهم درجة فتقدم الأم على أم الأب والبنت على بنت الابن ، وإن اتحدت جهتهم واستوت درجتهم يقدم أقواهم قرابة فتقدم أم الأب على أم الأم وبنت الابن على بنت البنت لأن من ينتسب بعاصب أقوى ممن لا ينتسب به ، وإن لم يوجد مرجح كأختين شقيقتين ثبتت لكل منهما الولاية منفردا كما تقدم فى العصبات .

وإذا لم يوجد له ولى مستوف شروط الولاية لا من عصبته ولا من سائر أقاربه فولاية تزويجه للقاضى ، حسب الاختصاص المبين بالمادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها « الاذن بالخصومة فى غير الأوقاف بجميع مقتضياته الشرعية من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين فى دائرة اختصاصهم . وكذا تزويج من لا ولى له من الأيتام وغيرهم » .

وليس لأحد غير من ذكر ولاية التزويج ولا الوصى الذى أوصى إليه الأب بذلك لأن الولاية لمن جعلها له الشرع لا غير ، وهذا هو مذهب أبى حنيفة فيمن له ولاية التزويج .

ومذهب مالك أن ولاية التزويج للأب لا غير ، ومذهب الشافعى أن ولاية التزويج للأب والجد الصحيح لا غير ، ومذهب الصاحبين أن ولاية التزويج للعصبة لا غير ، فأوسع المذاهب فيمن لهم الولاية على النفس مذهب الإمام أبى حنيفة وأضيقها مذهب مالك .

شروط الولى : يشترط فى الولى أن يكون كامل الأهلية بالحرية والعقل والبلوغ لأنه إن كان فاقد الأهلية أو ناقصها كان هو مشمولا بالولاية فلا تكون له ولاية على غيره ولأنه لا يقدر المصلحة وينظر فى وجوه النفع والضرر إلا بكمال أهليته ، وإن يكون متحدا فى الدين مع المولى عليه فلو كان للصغيرة أخوان شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحى فلو كانت هى مسلمة فالولاية على تزويجها لأخيها المسلم وإن كانت مسيحية فالولاية للمسيحى لأنه باتحاد الدين تتحد

وجهة النظر فى تقدير المصلحة ولقوله تعالى : ﴿ **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** ﴾ .

غيبة الولى وعَضله : بما أن الأولياء مرتبون فى استحقاق الولاية حسب جهاتهم ودرجتهم وقوة قرابتهم كما بينا لا يكون للبعيد منهم ولاية مع وجود الأقرب منه المستوفى شروط الولاية فما دام الأب مثلا حاضراً مستوفياً شروط الولاية لا يكون للأخ أو للعم ولاية التزويج فإن باشر واحد منهما زواج الصغير ومن فى حكمه بغير إذن الأب وتوكيله كان فضولياً وعقده موقوف على إجازة من له الولاية وهو الأب .

أما إذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه فإن الولاية تنتقل إلى من يليه حتى لا تفوت المصلحة ، وليس للغائب بعد عودته أن يعترض على ما باشره من يليه لأنه لغيبته اعتبر كالمعدوم وصارت الولاية حق من يليه .

وأما إذا امتنع الأقرب من تزويج المولى عليه بغير عذر مقبول والزوج كفء والمهر مهر المثل فإنه فى هذه الحال يعد عاضلا أى ظالما ولا تنتقل الولاية إلى من يليه بل تنتقل إلى القاضى لأن العضل ظلم وولاية رفع المظالم إلى القاضى . فإذا كان امتناعه لأن الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل أو لوجود خاطب كفء آخر يفضل الثانى بمزايا ، لا يعد فى هذه الحال عاضلا ولا تنتقل الولاية عنه .

فالفرق بين الغائب والعاضل أن غيبة الغائب أمر حسى مادى لا يقع اختلاف فى تحققه فبمجرد تحققه يعتبر كالمعدوم وتنتقل الولاية إلى الحاضر من غير حاجة إلى رفع الأمر للقاضى ، وأما عضل العاضل فهو أمر نظرى تقديرى وربما كان امتناعه الذى يعده الولى الذى يليه عضلا وظلما ليس فى الحقيقة كذلك بل هو للمصلحة فيرفع الأمر إلى القاضى حتى إذا تبين أن الولى ظالم بامتناعه رفع الظلم وزوج بنفسه .

أحكام تزويج الأولياء : لما كان الأولياء ليسوا سواء فى وفور شفقتهم بالصغير ومن فى حكمه وفى شدة حرصهم على مصلحته اختلفت أحكام تزويجهم تبعا لاختلاف شفقتهم ودرجات حرصهم .

فالأب وأبو الأب ومثله الابن وابن الابن بالنسبة للمجنونة أو المعتوهة أو المجنون أو المعتوه أوفر الأولياء شفقة وأشدهم حرصاً على مصلحة المولى فما دام لا يعرف بسوء الاختيار لفسقه واستهتاره وعدم مبالاته فتزويجه المولى عليه صحيح نافذ لازم سواء كان الزوج كفئا أو غير كفء وسواء كان المهر مهر المثل أو أقل أو أكثر بغبن فاحش أو يسير ، لأنه لوفور شفقته وشدة حرصه لابد أن يكون أمعن النظر واختار ما فيه المصلحة وعوض المولى عن الكفاءة والمهر ما هو أنفع له وأتقى .

وإذا كان معروفاً بسوء الاختيار وجب الاحتياط للمولى . فإن زوجه بكفء والمهر مهر المثل كان زواجه صحيحا نافذا لازما وإن زوجه بغير كفء أو على مهر أقل أو أكثر من مهر المثل بغبن فاحش فزواجه غير صحيح ، لأنه لسوء اختياره لا يوثق بأنه فوت الكفاءة أو مهر المثل إلى ما هو خير منه .

وغير الأب والجد والابن وابن الابن من العصبات وسائر الأقارب والقاضى إذا زوج واحد منهم المولى عليه بغير كفء أو بأقل أو أكثر من مهر المثل بغبن فاحش فزواجه غير صحيح ، وإذا زوجه واحد منهم بكفء وبمهر المثل فالزواج صحيح نافذ ولكنه غير لازم فللمولى عليه أن يختار فسخ الزواج عند بلوغه إذا بلغ عالما به أو عند علمه إذا بلغ غير عالم به ، وذلك لأن هذا الفريق الثانى من الأولياء ليس كالفريق الأول فى الجمع بين وفور الشفقة وكمال الرأى فلا بد أن تكون المصلحة فى تزويجه ظاهرة بأن يكون الزوج كفئا والمهر مهر المثل وإذا تحققت هذه المصلحة الظاهرة فلابد من أن تتاح للصغير إذا بلغ فرصة يتلافى بها ما قد يكون لحقه من الضرر الخفى بتزويج أخيه أو أخته أو أمه أو القاضى فجعل له الخيار إذا بلغ فإن شاء أمضى الزواج وإن شاء طلب فسخه ولو بعد الدخول .

والأصل فى ذلك أنه لما زوج رسول الله أمامة بنت عمه حمزة بن عبد المطلب من سلمة بن أبى سلمة قال ﷺ : « لها الخيار إذا بلغت » .

ومن اختار فسخ الزواج عند بلوغه أو علمه لا ينفسخ الزواج بمجرد اختياره بل لابد أن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناء على أن الولى الذى زوجه غير أبيه وجده وأنه لم يرض بهذا الزواج صراحة ولا دلالة ، وقبل أن يصدر الحكم بفسخ الزواج فهو صحيح نافذ تترتب عليه آثاره ، من لزوم المهر والتوارث ، أما إن رضى به حين بلوغه أو حين علمه صراحة أو دلالة فلا تسمع منه دعوى الفسخ .

ومن الرضا دلالة سكوت البكر عن اختيار نفسها عند بلوغها عالمة بالزواج أو عند علمها به . وأما سكوت الثيب فى هذه الحال فلا يعد رضا دلالة فلا أن ترضى بقول أو عمل كأن تقول رضيت أو تطلب النفقة أو المهر ، ومثل الثيب فى هذا الغلام ، وكذلك إذا استؤذنت البكر من أقرب أقاربها فى أن يزوجها فسكتت مختارة اعتبر سكوتها إذناً ، ولا كذلك الثيب[1] .

أما كامل الأهلية وهو الحر العاقل البالغ فهو ولى نفسه وليس لأحد ولاية تزويجه ولا جبره عليه . غير أنه إذا كان كامل الأهلية أنثى ولها ولى عاصب ولا يكون تزويجها نفسها صحيحا نافذا لازما إلا إذا كان الزوج كفءًا لها والمهر مهر مثلها حتى لا يعير وليها العاصب بمصاهرة غير الكفء أو بنقصها عن مهر مثلها فهو فى ابتداء العقد له حق فى الكفاءة ومهر المثل .

فإن زوجت نفسها بغير كفء وبغير رضا وليها العاصب قبل الزواج فلا يصح العقد ولو رضى العاصب بعد ذلك لأن رضاه لا يجعل غير الصحيح صحيحا[2] .

وإن زوجت نفسها بمهر أقل من مهر مثلها يصح العقد ولا يلزم فللولى

---

(١) ووجه الفرق أن البكر تستحى عادة فى أمر الزواج من أن تقول نعم ولا تستحى من أن تقول لا فإذا سكتت اعتبر سكوتها دليلا على ما يمنعها الحياء من إظهاره وهو الرضا . وأما الثيب فلسبق عشرتها الزوجية لا يمنعها مانع من الإفصاح بقولها نعم أو لا فسكوتها لا يعتبر دليلا على شىء .

(٢) وهذه رواية الحسن بن زياد عن الإمام وعليها العمل وبها الفتوى ، وفى ظاهر الرواية يكون العقد صحيحا غير لازم وللولى حق الاعتراض عليه وطلب فسخه .

العاصب أن يطلب اتمام مهر المثل فإن أتمه الزوج لزم العقد وإن لم يتمه رفع الأمر إلى القاضي ليفسخه .

وإن لم يكن لها ولى عاصب بأن كانت لا ولى لها أصلا أو لها ولى غير عاصب فلا حق لأحد فى الاعتراض على عقدها سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء بمهر المثل أو أقل لأن الأمر فى هذه الحال خالص حقها .

ولا يتوهمن أحد أن قانون تحديد سن الزواج الذى أشرنا إليه فى شروط سماع الدعوى قانونا بالزواج سلب الأولياء حق الولاية على الصغير والصغيرة لأن القانون المذكور إنما منع من سماع دعوى الزوجية قضاء من زوجين أحدهما أقل من السن المحددة وقت الدعوى ومنع المختص بتحرير عقود الزواج أن يباشر العقد إذا كانت سن أحد الزوجين أقل من السن المحددة وقت العقد ولم يمنع الولى من حقه الذى جعله الشارع له ، وإن كان ما نص عليه من عدم تسجيل عقد زواج الصغار وعدم سماع الدعوى منهم مقصوداً به أن يمتنع الأولياء من تلقاء أنفسهم أن يزوجوا الصغار ، فليست السن المحددة شرطا شرعيا لانعقاد الزواج أو صحته أو نفاذه وإنما هى شرط لمباشرة الموظف المختص تسجيله ولسماع القضاة الدعوى به ، وعقد الزواج متى تحققت أركانه وشرائطه الشرعية فهو عقد صحيح شرعاً مهما تكن سن الزوجين أو أحدهما وتترتب عليه جميع الآثار الشرعية .

الوكالة بالزواج

من القواعد الفقهية المقررة أن من ملك تصرفا من التصرفات كان له أن يباشره بنفسه وله أن يوكل عنه غيره بمباشرته ومن لا يملك تصرفا من التصرفات فليس له أن يوكل به غيره لأن فاقد الشيء لا يعطيه . وبما أن كامل الأهلية وهو الحر العاقل البالغ يملك تزويج نفسه فله أن يوكل عنه من يقوم مقامه فى تزويجه ، وفاقد الأهلية أو ناقصها لا يملك تزويج نفسه فليس له أن يوكل عنه من يزوجه .

والولى على كل واحد منهما له أن يزوجه فله أن يوكل من شاء بتزويجه .

والتوكيل كما يكون شفويا يكون كتابياً . ولا يشترط لصحته حضور شاهدين وقت صدوره بل يتم بين الموكل والوكيل وحدهما كسائر العقود عدا

الزواج ، ولكن الأحسن الإشهاد عليه احتياطاً خشية الجحود والنزاع .

وليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره لأنه يستمد ولايته من الموكل والموكل أعطاه وحده الولاية ورضى برأيه فقط . فإذا أعطاه الموكل حق توكيله غيره عنه بأن أذنه أن يوكل عنه فى هذا التزويج من شاء ، أو وكله بصيغة التفويض بأن قال له : فوضت أمر زواجى إلى رأيك فى كل ما تفعله . ففى هاتين الحالتين للوكيل أن يوكل غيره عنه .

ومهمة الوكيل بالزواج هى مباشرة الصيغة فقط لأنه سفير ومعبر وبعد انتهاء الصيغة لا يطالب بأى حق من حقوق أحد الزوجين على الآخر فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا النفقة ولا يطالب وكيل الزوجة بإدخالها فى طاعة الزوج لأن السفير لا يطالب بحقوق إلا إذا ضمن الوكيل والتزم بشىء من الحقوق فإنه يطالب بمقتضى التزامه وضمانه لا بمقتضى وكالته .

وإذا تصرف الوكيل فى حدود وكالته ولم يخالف فيما وكل فيه نفذ تصرفه على الموكل أما إذا جاوز حدود وكالته وخالف فيما وكل فيه فإنه يعتبر فضوليا ويتوقف نفاذ تصرفه على إجازة الموكل .

بناء على هذا ، إذا قال الموكل للوكيل : زوجنى أو زوجنى أية امرأة فزوجه ينفذ زواجه على الموكل سواء كانت الزوجة سليمة من العيوب أو معيبة بأى عيب . تكافئه أو لا تكافئه . لأن التوكيل مطلق فيدخل فى حدوده تزويج أية امرأة تحل للموكل – ولا يخرج عنه إلا تزويج من يمنع مانع شرعى من زواجها به لأن خلو المرأة من الموانع الشرعية قيد ملحوظ للموكل معنى وإن لم يصرح به لفظا – ويخرج عنه أيضا بنت الوكيل الصغيرة وأية صغيرة فى ولايته للتهمة فلو زوجه الوكيل موليته توقف على إجازة الموكل لأنها لما اعتبرت خارجة عن حدود وكالته اعتبر فضوليا فيتوقف تزويجه .

وكذلك لو كان الوكيل بالزواج امرأة فزوجت موكلها من نفسها بمقتضى توكيله المطلق لها لا ينفذ الزواج عليه بل يتوقف على إجازته للتهمة. ولأنه لو كان مراده أن يتزوجها هى لقال : زوجينى نفسك فالظاهر أنه يريد غيرها وهذا هو

مذهب الإمام . فمقتضى الإطلاق فى التوكيل عنده أن ينفذ على الموكل تزويج وكيله إياه من أية امرأة تحل له شرعا سواء كانت المرأة تكافئه أو لا تكافئه وسواء كانت معيبة أو سليمة وسواء سمى لها مهر مثلها أو أكثر منه بغبن فاحش أو يسير لأن الإطلاق بالنسبة للزوجة والمهر يقتضى هذا ولو كانت للموكل إرادة معينة بالنسبة لأحدهما لقيد بها وكيله ، ولا يخرج عن هذا الاطلاق إلا تزويج الوكيل موكله من بنته أو أية أنثى فى ولايته ، وتزويج الوكيلة موكلها من نفسها للتهمة فى الصورتين . ومواضع التهم مستثناة معنى وإن لم يصرح باستثنائها لفظا .

وقال صاحباه : التوكيل المطلق يتقيد بالمتعارف والمتعارف أن يحتاج الموكل إلى الاستعانة بوكيل على أن يزوجه ممن تحل له وتكافئه بغير غبن فاحش عليه فى تسمية مهرها لأن هذا هو الذى قد يعجز المرء عن أن يهتدى إليه بنفسه ويحتاج فيه إلى معونة غيره وأما الزواج من أية امرأة بأى مهر فلا يعجز عنه أحد ولا يقصد إلى الاستعانة عليه بوكيل . فعندهما كما يخرج عن حدود الوكالة المطلقة الزواج الذى فيه تهمة الوكيل يخرج عنه أيضا تزويجه الموكل ممن لا تكافئه ، وتزويجه من تكافئه بأكثر من مهر مثلها بغبن فاحش . فيكون العقد فى هذه الحالات الثلاث موقوفاً على إجازة الموكل . وقول الصاحبين هو الراجح وعليه العمل لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

وأما إذا لم يطلق الموكل لوكيله بل قيده بزوجية معينة فإنه يتقيد بما قيد به ويكول فضوليا فيما عداه ، فلو قيده بزوجة معينة بأن قال له : وكلتك فى أن تزوجنى فلانة فزوجه غيرها توقف على إجازته ، ولو قيده بمهر بأن قال له : وكلتك فى أن تزوجنى على مهر لا يزيد على مائة جنيه فزوجه على مهر قدره مائة وخمسون توقف أيضاً على إجازته ولو التزم الوكيل بدفع الخمسين الزائدة من ماله لأن صاحب المروءة يأبى أن يعير بمنة غيره عليه وخاصة فى مهر الزواج . ولو قيده بأن يزوجه واحدة فزوجه باثنتين فإن كان هذا فى عقد واحد بأن قال الوكيل لاثنتين : زوجتكما موكلى فقالت كل منهما قبلت توقف على إجازته . وإنْ زوجهما إياه فى عقدين نفذ أولهما على الموكل لأنه بمقتضى الوكالة وتوقف الثانى على إجازته لخروجه عن حدود الوكالة لانتهاء مهمة الوكيل بنفاذ العقد الأول .

هذه أحكام توكيل الرجل غيره فى أن يزوجه .

وأما إذا وكلت المرأة غيرها فى أن يزوجها . فإن كان التوكيل مطلقا بأن قالت لرجل : وكلتك فى أن تزوجنى ولم تقيده بزوج ولا مهر يخرج عن حدود هذه الوكالة المطلقة الزواج الذى فيه تهمة للوكيل فلو زوجها من نفسه أو أصله أو فرعه لا ينفذ عليها بل يتوقف على إجازتها لاستثناء مواضع التهمة من الإطلاق ولأنها لو أرادته هو زوجًا لها لتزوجته بدل أن توكله . ويخرج عن حدودها أيضا بالاتفاق بين الإمام وصاحبه تزويجها من غير كفء لها لأن كفاءة الزوج لزوجته وقت العقد شرط لصحته اتفاقا فالتقييد بالكفء ملحوظ فى الوكالة معنى وإن لم يصرح به لفظا فلو زوجها الوكيل من غير كفء لها لا يصح العقد ولا تلحقه إجازة لأن الإجازة لا تلحق الفاسد . ويخرج عنها أيضا تزويجها من كفء لها بأقل من مهر مثلها بغبن فاحش فلو زوجها كذلك يكون موقوفا على إجازتها وإجازة وليها .

فعلى هذا يكون تزويج وكيلها إياها نافذاً عليها إذا زوجها من أجنبى عنه يكون كفئا لها على مهر مثلها أو أقل منه بغبن يسير لأن هذا هو الذى يدخل فى حدود وكالته المطلقة .

ويكون فاسدا إذا زوجها من غير كفء لها .

ويكون موقوفا على إجازتها إذا زوجها من نفسه أو أصله أو فرعه .

ويكون موقوفا على إجازتها وإجازة وليها العاصب إذا زوجها بأقل من مهر مثلها بغبن فاحش .

وأما إذا كان توكيلها غيرها بتزويجها مقيدا غير مطلق فإن الوكيل يتقيد بما قيدته به ويكون فضوليا فيما عداه شأن كل توكيل مقيد .

الكفاءة فى الزواج

الكفاءة شرعاً مساواة الزوج زوجته فى المنزلة بحيث لا تكون الزوجة ولا أولياؤها عرضة للتعير بهذه المصاهرة حسب العرف .

وقد خص الفقهاء أموراً ستة اعتبروا أن الكفاءة تتحقق بتحقق المساواة فيها . وأن عدم المساواة فيها أو فى أحدها مفوت للكفاءة . وهى التى جمعها بعضهم فى قوله :

نسب وإسلام كذلك حرفة حرية وديانة مال فقط

ولنبين معنى التكافؤ فى كل أمر من هذه الأمور الستة .

(١) النسب : — إذا كانت الزوجة نسيبة أى معروفا لها نسب متصل بأصل معلوم لا يكون كفئا لها إلا نسيب مثلها متصل نسبه بأصل معلوم — وشرف العلم فوق شرف النسب فالعالم غير النسيب كفء لأية نسيبة مهما شرف نسبها .

قال فقهاؤنا : وهذا التكافؤ فى النسب خاص بما إذا كان الزوجان من العرب لأنهم هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها من مفاخرهم وأسباب هجوهم ومدحهم فالعربية وهى التى يعرف اتصال نسبها بقبيلة من قبائل العرب لا يكون كفءًا لها غير العربى وهو من لا يعرف اتصال نسبه بقبيلة من القبائل — وليس العرب كلهم متكافئين فقريش بعضهم أكفاء لبعض أى أن القرشية لا يكافئها إلا قرشى ، وسائر العرب بعضهم أكفاء لبعض أى أن العربية من غير قريش يكافئها أى عربى وإن اختلفت القبائل فالقرشى كفء لأية عربية . وغير القرشى من العرب كفء لغير القرشية منهم .

وأما غير العرب فلأنهم لم يحفظوا أنسابهم ولم يعتدوه من مفاخرهم لا يعتبر بين الزوجين منهم التكافؤ فى النسب .

وفيما قاله فقهاؤنا نظر لأنه إذا كان من غير العرب طبقات من الأشراف ذوى البيوتات العريقة الذين يفخرون بأصلهم ويعيرون إذا تزوجت واحدة منهم زوجا غير أصيل فلم لا يكون حكمهم حكم العرب . والعلة واحدة . والعرف له اعتبار .

(٢) **الإسلام** :– إذا كانت الزوجة مسلمة لها أب وأجداد مسلمون لا يكافئها المسلم الذى ليس له فى الإسلام أب ولا جد ، ومن لها أب واحد فى الإسلام يكافئها من له أب واحد فيه – ومن له أب وجد فى الإسلام فهوكفء لمن لها أب وأجداد لأن تعريف المرء يتم بأبيه وجده فلا يلتفت إلى ما زاد .

وهذا التكافؤ فى إسلام الأصول إنما يعتبر فى غير العرب . أما العرب فلا يعتبر فيهم فالعربى المسلم الذى ليس له أب فى الإسلام كفء للعربية المسلمة التى لها أب وأجداد مسلمون . لأن العرب اكتفوا فى التفاخر بأنسابهم ولا يتفاخرون بإسلام أصولهم أما غيرهم فيتفاخرون به .

(٣) **الحرفة** :– إذا كانت الزوجة بنت صاحب حرفة شريفة لا يكون كفئا لها صاحب الحرفة الدنيئة – والمعتبر فى شرف الحرفة ودناءتها هو العرف . ولذا قال صاحب الفتح فيكون الحائك كفئا للعطار بالاسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصيا البتة . وإذا تقاربت الحرف فلا عبرة بالتفاوت فيها . وهذا التكافؤ فى الحرف معتبر فى كل من يحترف من العرب وغيرهم .

(٤) **الحرية** : – إذا كانت الزوجة حرة لا يكون الرقيق كفئا لها وإذا كانت حرة الأصل لا يكون المعتَق كفئا لها ومن لها أب وجد فى الحرية لا يكافئها من له أب فقط . ومن لها أب وأجداد فى الحرية يكافئها من له أب وجد فقط كما قيل فى إسلام الأصول – والحكمة فى هذا أن الرق منقصة والأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء .

ولما كان العرب لا يسترقون لأنه لا يقبل منهم إلا أن يسلموا أو يقتلوا كان التكافؤ فى الحرية معتبراً فى غيرهم فقط لأنهم لا رق فيهم .

(٥) **الديانة** : – المراد بها الصلاح والاستقامة فإذا كانت لزوجة من بنات الأتقياء ذوى الاستقامة لا يكون الفاسق كفئا لها لأنهم لتقواهم واستقامتهم يرون مصاهرة الفاسق عاراً لهم فلا يكون الفاسق كفئا لصالحة بنت صالح وإنما يكون كفئا لفاسقة بنت فاسق أو بنت صالح وهذا رأى الشيخين . وقال محمد لا عبرة بالديانة والصلاح فى الكفاءة لأن الصلاح من أمور الآخرة التى بين المرء وربه والكفاءة من الأحكام الدنيوية التى ترجع إلى علاقة الناس فى الدنيا بعضهم ببعض وكم من فاسق له بين الناس منزلة واعتبار ولا يعير أى تقى بمصاهرته . لكن إذا كان الفاسق وصل به فسقه إلى أن صار سخرية بين الناس يصفع ويضحك منه فهذا هو العار كله ولا يكون كفءًا .

(٦) **المال** : – ليس المراد بالتكافؤ بين الزوجين فى المال أن يتساويا فى الغنى ودرجة اليسار وإنما المراد أن يكون الزوج قادراً على مقدم صداقها والإنفاق عليها شهراً . فمن كان قادراً على ذلك يعتبر كفءًا لها مالياً ولو كانت ثروتها وثروة أبيها أضعاف ماله . أما من كان غير قادر على ذلك فهو ليس كفءًا لها مالياً . وهذا قول أبى يوسف وعليه الفتوى لأن الغنى لا ثبات له والمال غاد ورائح فلا اعتبار فى الكفاءة لكثرته وقلته . وقال الطرفان إنما تتحقق الكفاءة فى المال بعدم التفاوت البين بينهما فى الغنى واليسار حتى أن الفائقة فى اليسار لا يكافئها من لا يقدر إلا على المهر والنفقة الواجبة لأن الناس يتفاخرون بغنى الصهر ويعيرون بفقره .

من له الحق فى الكفاءة : قدمنا فى مبحث الولاية على الزواج أن الحرة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفء لها بغير رضا وليها العاصب قبل الزواج فزواجها غير صحيح مراعاة لحق وليها ، وأن الولى « ما عدا الأب الذى لم يعرف بسوء الاختيار » إذا زوج موليته من غير كفء فتزويجه غير صحيح مراعاة لحق موليته .

فيؤخذ من هذا أن الكفاءة حق للزوجة وللولى معاً وأن رضا أحدهما بتفويت حقه لا يفوت على الآخر حقه[1] .

وبناء على هذا إذا زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها من رجل ولم تبحث فى أمره حتى تعلم أنه كفء لها أو غير كفء ثم تبين أنه غير كفء فليس لها طلب فسخ هذا الزواج لعدم الكفاءة لأنها أسقطت حقها بتقصيرها فى البحث فكأنها رضيت به على أى حال .

ولكن أولياءها لم يسقطوا حقهم فلهم طلب الفسخ لأن الكفاءة حق الاثنين وإسقاط أحدهما حقه لا يؤثر فى حق الآخر .

وأما إذا زوجها وليها بعلمها وإذنها وبرضاها رجلاً من غير بحث فى كفاءته أو عدمها ثم تبين أنه غير كفء فليس للأولياء ولا للزوجة حق طلب الفسخ لأنهم جميعا بتقصيرهم أسقطوا حقهم وكأنهم رضوا به على أى حال .

ولكن إذا شرطت فى العقد كفاءة الزوج ثم تبين أنه غير كفء أو حصل تغرير من الزوج بأن زعم أنه كفء فإذا هو غير كفء لم يسقط حقهما فى الحالين لأنه مع الاشتراط أو تغرير الزوج لم يحصل تقصير ولا يعتبر واحد من الزوجة أو وليها مسقطا حقه لأنه ما حصل رضا بزواجه إلا على أنه كفء .

وإذا اختلفت مرتبة الأولياء فالكفاءة حق أقربهم فإذا رضى الأقرب بغير الكفء فلا حق للبعيد فى الاعتراض وطلب الفسخ ، وإذا استووا فى الدرجة كأخوة أشقاء فهى حق لكل واحد منهم لا يتجزأ فإذا رضى أحدهم بغير الكفء فقد سقط حقهم واعتبر رضاه رضا منهم فليس لأحدهم الاعتراض وطلب الفسخ .

---

(١) وليس فى الكفاءة حق للشرع بحيث لو رضيت الزوجة ووليها بزوج غير كفء لها لا اعتراض على هذه الزوجية . وإنما يثبت الاعتراض لمن لم يرض منهما دفعا للعار والضرر عن نفسه وبهذا يتبين خطأ القول بأن اعتبار الإسلام للكفاءة يجعله دين الطوائف ويجعل فى المسلمين منبوذين .

فيمن تعتبر الكفاءة : الكفاءة تعتبر من جانب الزوج فقط أى أنها تتحقق إذا لم يكن الزوج دون زوجته فى أمر من أمورها . أما إذا كانت الزوجة دون زوجها فى تلك الأمور أو بعضها فهذا لا ينفى الكفاءة المطلوبة شرعاً ولا يمنع التزوج بها لأن العادة جرت بأن الزوجة الشريفة تعير هى وأولياؤها بأن يكون زوجها القوام عليها المنسوب إليه أولادها خسيسا - أما الزوج الشريف فلا يعير بأن تكون زوجته خسيسة وكم ملوك وخلفاء كانت زوجاتهم من الإماء .

ولا تعتبر الكفاءة من جانب الزوجة إلا فى حالتين :

الأولى : فيما إذا وكل الرجل عنه من يزوجه امرأة غير معينة فإنه يشترط لنفاذ تزويج الوكيل عن الموكل أن يزوجه ممن تكافئه على قول الصاحبين وهو الراجح عملا بتقييد العرف .

الثانية : فيما إذا كان الولى الذى زوج الصغير غير الأب الذى لم يعرف بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة تزويجه أن تكون الزوجة كفءًا له احتياطاً لمصلحة الصغير .

متى تعتبر الكفاءة : إنما تعتبر الكفاءة فى ابتداء العقد على معنى أنه متى كانت أمور الكفاءة محققة وقت العقد فلا يضر فقد شيء منها بعد فلو كان صاحب حرفة شريفة ثم صار إلى حرفة دنيئة أو كان قادراً مالياً ثم أعسر فلا أثر لهذا فى صحة العقد لأنه لو شرط بقاء الحال على ما كانت عليه وقت العقد لنال الناس من هذا حرج لأن دوام الحال من المحال .

وبعض الأئمة لا يعتبر الكفاءة مطلقاً لأن الناس سواء وقد قال ﷺ : « الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى إنما الفضل بالتقوى » وقال : « يا بنى هاشم لا يجيئنى الناس بالأعمال وتجيئونى بالأنساب إن أكرمكم عند الله أتقاكم » فكل مسلم كفء لأية امرأة مهما كان أصلها .

حقــوق الزوجيـــة

حقوق الزوجة على زوجها : تستحق الزوجة على زوجها حقوقا مالية وهى المهر ، والنفقة ، وحقوقاً غير مالية وهى عدم الإضرار بها ، والعدل بينها وبين ضرائرها إن تعددت الزوجات ، وهذا تفصيل الأحكام لتلك الحقوق .

(١) المهـــر

سبب وجوبه ودليله : المهر هو العوض المالى الذى تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها ، أو الدخول بها ويسمى الصداق ، والفريضة ، والأجر ، والعُقر ، والنِّحلة .

ويؤخذ من هذا التعريف أن سبب وجوبه واستحقاقه واحد من أمرين إما مجرد العقد وهذا فى الزواج الصحيح ، أو الدخول الحقيقى وهذا فى الزواج الفاسد . فإذا فرق بين الزوجين زواجاً فاسداً أو افترقا من تلقاء أنفسهما أو مات أحدهما قبل الدخول الحقيقى فلا مهر للزوجة .

والدليل على وجوب المهر على الزوج قول الله تعالى فى سورة النساء : ﴿ **وآتوا النساء صَدُقاتِهِن نحلة** ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ **فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة . ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة** ﴾ .

والحكمة فى أن الزوج تجب عليه لزوجته حقوق مالية كالمهر والنفقة وغير مالية كالعدل واجتناب الإضرار بها . وأما الزوجة فلا تجب عليها لزوجها حقوق مالية وجميع حقوقه عليها غير مالية . إن وظيفة الرجل فى الحياة تمكنه من القيام

بالحقوق المالية كالمهر والنفقة لأنه يسعى للرزق وكسب المال الذى تقتضيه حاجات المعيشة ونفقات الأسرة .

وأما الزوجة فوظيفتها منزلية وهى فى شغل عن كسب المال بتدبير شؤون منزلها وإعداد وسائل الراحة فيه لأفراد أسرتها والقيام بما تتطلبه تربية أولادها وإذا كان هذا هو الشأن الغالب فى المرأة فليس لها من الوسائل ما يمكنها من القيام بأعباء مالية للحياة الزوجية فلذا وجب للزوجة على زوجها حقوق مالية ولم يجب للزوج على زوجته أى حق مالى .

والنظام الذى تسير عليه بعض الأمم من إلزام الزوجة بالمهر موضع النقد من كثير من باحثيهم لأنهم رأوه فى بعض الأحيان وسيلة إلى زلل كثيرات من الفتيات الفقيرات فإن الواحدة منهن حريصة على أن تتزوج ولا سبيل إلى أن تتزوج إلا إذا جمعت مالا تمهره للزوج فتأخذ فى وسائل جمع هذا المال وكثيراً ما تهوى بها تلك الوسائل وإذا يئست من جمع المال فربما استعاضت عن الزواج باتخاذ الأخدان وكلتا النتيجتين شر .

مقدار المهر : أقل المهر شرعاً عشرة دراهم فضة تزن سبعة مثاقيل وذلك لأن وزن الدراهم من الفضة كان فى صدر الإسلام مختلفا فمنها عشرة تزن عشرة مثاقيل ومنها عشرة تزن ستة مثاقيل ومنها عشرة تزن خمسة مثاقيل فاختار عمر بن الخطاب رضى الله عنه المتوسط بين هذه الأوزان وهو ما وزن العشرة منها سبعة مثاقيل وهى تساوى بالنقود المصرية خمسة وعشرين قرشا صاغا .

ولا حد لأكثره فللمتعاقدين أن يزيدا عن العشرة دراهم إلى ما شاءا .

أما الدليل على تحديد نهايته الصغرى بعشرة دراهم فهو الحديث : « ولا مهر أقل من عشرة دراهم »[1] ، وأما الدليل على أنه لا حد لأكثره فلأنه لم يرد نص بتحديد نهايته الكبرى ولا تحديد إلا بنص ولذا روى أن عمر رضى الله عنه

---

(١) روى البيهقى عن جابر أن النبى ﷺ قال : « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم » .

قال فى خطبة له لا تغالوا فى مهور النساء فقالت له امرأة ليس ذلك لك يا عمر إن الله تعالى يقول : ﴿ **وآتيتم إحداهن قنطاراً** ﴾ فقال عمر امرأة أصابت ورجل أخطأ .

ما يصح أن يكون مهراً : ولا يلزم أن يكون المهر دراهم مضروبة ولا أن يكون من الذهب أو الفضة بل يصح شرعاً أن يكون المهر من الذهب أو الفضة المضروبين وغير المضروبين ومن كل شيء معلوم له قيمة مالية من عقار أو منقول مكيل أو موزون أو حيوان . ومن منافع الأعيان التى يستحق فى مقابلها المال كسكنى المنزل أو زراعة الأرض . فكل ما قيمته عشرة دراهم فضة فأكثر سواء أكان نقداً أم عينا أم منفعة يصح شرعاً أن يسمى مهراً . والمعتبر أن تكون قيمته عشرة دراهم وقت العقد حتى لو كان المسمى قيمته عشرة وقت العقد ثم نقصت قيمته عنها عند التسليم ليس لها المطالبة بالنقص ولو كانت قيمته وقت العقد أقل فلها المسمى وما يكمل العشرة .

تعجيله وتأجيله : ولا يلزم أن يكون حالا بل يصح أن يكون حالا وأن يكون مؤجلا كله أو بعضه إلى أى أجل يتفق عليه العاقدان أو إلى عدة آجال يدفع عند كل أجل قسط منه حسب عرف البلاد فيما يعجل وفيما يؤجل والمتعارف فى القاهرة تعجيل الثلثين وتأجيل الثلث إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق – وفى بعض البلاد المصرية تعورف تعجيل النصف وتأجيل النصف إلى أحد الأجلين . فإن اتفق العاقدان على المعجل والمؤجل عمل باتفاقهما وإن لم يتفقا عمل بما يقضى به عرفهما لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطاً .

من له الحق فى المهر : المهر فى ابتداء العقد يتعلق به حقان : حق الشرع ، وحق الزوجة وأوليائها . لأن الشرع جعل المهر حكما وأثراً مترتبا حتما على الزواج بحيث لا يكون إلا بمهر ولذا سماه الله فريضة فى قوله : ﴿ **فآتوهن أجورهن فريضة** ﴾ . ولا يكون بمهر أقل من عشرة دراهم للحديث « ولا مهر أقل من عشرة دراهم » فوجوب مهر لا يقل عن عشرة دراهم هذا حق الشرع ولذا لا تملك الزوجة ولا أولياؤها نفى وجوب المهر أصلا ولا نقص مقداره عن

عشرة دراهم لأن المهر إلى عشرة حق الشرع والإنسان لا يملك إسقاط حق غيره .

وإبلاغ المهر إلى مقدار مهر المثل حق للزوجة وأوليائها ولذا لو زوجت المكلفة نفسها بأقل من مهر مثلها بغير رضا وليها العاصب كان لوليها طلب الفسخ لأنها برضاها أسقطت حقها هي ولكن بقى للولى حقه . ولو زوج الصغيرة الولى غير الأب بأقل من مهر مثلها لم يصح تزويجه مراعاة لحقها ، هذا فى ابتداء عقد الزواج أما بعد أن يتم العقد وتتقرر حقوقه فإن المهر يكون حقا خالصاً للزوجة وحدها تتصرف فيه كما تتصرف فى سائر أموالها فلو أبرأت زوجها منه كله أو بعضه بعد ما وجب له فى ذمته بالعقد الصحيح أو بالدخول صح إبراؤها وبرئت ذمته منه . ولو قبضته ووهبته له صحت هبتها لأن هذا تصرف فى خالص حقها ولذا قال الله تعالى : ﴿ **ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة** ﴾ . ولا حق لزوجها ولا لغيره فى الاعتراض على تصرفها فى مالها الذى هو خالص حقها مادامت رشيدة لأن كل مالك رشيد رجلا أو امرأة متزوجة أو غير متزوجة يتصرف فى ملكه كما يشاء .

المهر الذى يجب للزوجة

فى بعض الأحوال يكون المهر الواجب للزوجة عشرة دراهم فقط .

وفى أحوال يكون المهر الواجب لها هو مهر مثلها .

وفى أحوال يكون المهر الواجب هو المسمى المتفق عليه فى العقد بالغا ما بلغ .

وفى أحوال يكون المهر الواجب لها هو الأقل من المسمى ومن مهر مثلها .

(١) فإذا سمى فى العقد مهر أقل من عشرة دراهم بأن سمى مثلا عشرون قرشاً أو شىء قيمته وقت العقد عشرون قرشا ففى هذه الحالة يكون المهر الواجب للزوجة عشرة دراهم فقط « ٢٥ قرشاً » أو الشىء المسمى وما يكمل العشرة وذلك لأن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع وما زاد إلى مهر المثل حق الزوجة وأوليائها فإذا رضيت بأقل من عشرة فقد أسقطت حقها وهذا تملكه وأسقطت حق الشرع وهذا لا تملكه فيكمل المهر إلى العشرة مراعاة لحق الشرع الذى لا يملك العاقدان تفويته كله أو بعضه[١] .

ويراعى أنه إذا كان للزوجة ولى عاصب ولم يرض بهذا المهر فله طلب الفسخ مادامت العشرة أقل من مهر المثل لأنها لا تملك إسقاط حقه .

(٢) وإذا لم يسم فى العقد مهر أصلا بأن صدرت الصيغة بدون تسمية مهر « زوجينى نفسك – قبلت » . أو كان الزواج على نفى المهر بأن صدرت الصيغة

---

(١) وقال زفر لها فى هذه الحالة مهر مثلها لأن تسمية مالا يصح مهراً شرعاً كعدم التسمية وعند عدم التسمية الواجب مهر المثل .

« زوجيني نفسك على أن لا مهر لك – قبلت » . أو سمى فى العقد مهر لا تصح تسميته شرعاً كتسمية شيء مجهول أو شيء ليس له قيمة مالية ففي هذه الحالات الثلاث يكون المهر الواجب للزوجة هو مهر مثلها .

وذلك لأن المهر هو من أحكام الزواج وحقوقه المترتبة عليه وليس ركناً له ولا شرطاً من شروطه فالسكوت عن ذكره أو النص على نفيه لا أثر له فى انعقاد الزواج ولا صحته فيصح العقد ويترتب عليه وجوب مهر ولا عبرة بسكوت العاقدين عن ذكره أو بنفيهما له لأن أثر العقد يترتب عليه ولا ينتفى بنفي العاقدين .

ولما كان الواجب الأصلي هو مهر المثل والمسمى يقوم مقامه فإذا لم يسميا مهراً ، أو نفياه ، أو سميا ما لا تصح تسميته شرعا ، يجب الموجب الأصلي وهو مهر المثل .

وتسمى من سُكت فى العقد عن تسمية مهر لها المفوَّضة لأنها بسكوتها عن تسمية مهر لها كأنها رضيت بتفويض أمر تقديره إلى زوجها فلها بعد العقد وقبل الدخول بها أن تطالبه بفرض مهر لها فإن تراضيا على مهر وجب وإن لم يتراضيا رفعت أمرها إلى القضاء ليأمره بالفرض فإن لم يفعل قضى لها بمهر مثلها . وأما لو سكتت عن مطالبته بفرضه حتى دخل بها أو مات أحدهما فالواجب لها مهر مثلها لأنه هو الموجب الأصلي للعقد فى هذه الحالة وقد تقرر وجوبه وتأكد بالدخول أو الموت[1] .

(٣) وإذا سمى فى العقد مهر تسمية صحيحة بأن سمى شيء معلوم له قيمة مالية فى اعتقاد المتعاقدين يعادل عشرة دراهم فأكثر وكان العقد صحيحاً ففي هذه الحالة يكون المهر الواجب هو المسمى كأن يسمى نقوداً تعادل عشرة دراهم

---

(١) روى أصحاب السنن عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات فقال لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط ولها الميراث وعليها العدة فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ فى بروع بنت واشق مثل الذى قضيت ففرح بها ابن مسعود .

فأكثر أو خاتم ذهب كذلك أو عقاراً أو منقولاً معلوماً أو منفعة يستحق عليها الأجر .

أما إذا كانت التسمية غير صحيحة فالواجب مهر المثل كما قدمنا بأن كان المسمى لا قيمة له فى دين المتعاقدين كالخمر والخنزير بالنسبة للزوج المسلم ولو كانت الزوجة مسيحية ، أو كانت له قيمة مالية ولكنه مجهول جهالة فاحشة تؤدى إلى النزاع بأن تزوجها على حلى ولم يبين جنسه ولا نوعه أو تزوجها على عشرة أرادب ولم يبين نوعها . فإن بين نوع المسمى كعشرة أرادب قمح كانت الجهالة يسيرة فتصح التسمية ويكون الواجب مقدار المسمى من النوع الوسط أو قيمته والخيار للزوج فى ذلك . ولو تزوجها على مائة جنيه ودار أى على معلوم ومجهول فلها مهر مثلها لا ينقص عن مائة جنيه لأنه رضى بأدائها .

(٤) وإذا كانت التسمية صحيحة والعقد فاسد والزوج دخل بزوجته دخولا حقيقيا ففى هذه الحالة يكون المهر الواجب لها هو الأقل من المسمى ومهر مثلها فإن كان المسمى مائة ومهر مثلها مائتان فالواجب لها مائة لأنها رضيت بها . وإن كان المسمى مائة ومهر مثلها ثمانون فالواجب لها ثمانون لأن ما زاد عن مهر المثل إنما يجب بالعقد الصحيح ولا يصح العقد الفاسد سببا لوجوبه .

ومهر المثل هو مهر امرأة من قوم أبى الزوجة كأختها وعمتها وبنت عمها تساويها وقت العقد سنا وجمالا ومالا وبلداً وعصراً وعقلا وديناً وأدباً وخلقا وعلما وبكارة أو ثيوبة وعدم ولد فإن لم توجد واحدة من قوم أبيها تساويها فى هذه الصفات ينظر إلى مهر زوجة أجنبية تساويها فيها .

وإذا اختلف الزوجان فى مقدار مهر المثل فادعى الزوج أنه خمسون جنيها وادعت الزوجة أنه سبعون جنيها فإن أقام أحدهما بينة قضى له وإن لم توجد بينة فاليمين على من أنكر الزيادة وهو الزوج فإن حلف أن مهر مثلها كما ادعى قضى له وإن نكل قضى لها .

زيادة المهر والحط منه : بعد تمام عقد الزواج وتسمية المهر فيه تسمية صحيحة يجوز للزوج إذا كان كامل الأهلية أن يزيد المهر الذى سماه فى العقد بأن

يقول لها : جعلت مهرك مائة وخمسين جنيها بدل مائة ، وهذه الزيادة تلزمه وتعتبر ملحقة بالمهر وجزءاً مكملاً له بشروط ثلاثة أن يكون معروفاً قدرها ، وأن تقبلها الزوجة أو وليها فى المجلس ، وأن تكون الزوجية قائمة ، ويجوز للزوجة أيضا فى هذه الحالة إذا كانت كاملة الأهلية أن تحط عن زوجها كل مهرها أو بعضه إن كان من النقود . وإذا كان مهرها من الأعيان لا من النقود يجوز لها أن تهبه له كله أو بعضه ، وعلة هذا واضحة لأن الزوج الكامل الأهلية له أن يتصرف فى ماله كيف شاء ويزيد فى مهر زوجته أية زيادة وكذلك الزوجة الكاملة الأهلية مهرها بعد العقد أصبح خالص حقها فلها أن تتصرف فيه بالإبراء أو الهبة كما تشاء .

قال فقهاؤنا ولأبى الصغير أو جده أن يزيد فى مهر زوجته بعد العقد من مال الصغير ويكون حكم هذه الزيادة كحكم زيادة الزوج كامل الأهلية وكذلك شروط لزومها ، ولكن ليس لأبى الصغيرة أو جدها أن يحط عن زوجها شيئا من مهرها بعد العقد وهذا التفريق موضع نظر وكان الظاهر أن يسوى بين الأمرين فإما أن لا يجوز للأب أو الجد زيادة فى مهر الصغير ولا حط من مهر الصغيرة لأن هذا تبرع بمال المولى عليه وهو لا يملكه . أو يجوز له الأمران لأنه فى ابتداء العقد يملك أن يزيد فى مهر الصغير وينقص من مهر الصغيرة لمصلحة يراها تفوق المال فكذا بعده لأنه لوفور شفقته لا يعمل إلا ما فيه المصلحة فالتسوية فى الجواز أو المنع هو الظاهر وأما التفريق فلا يظهر له مبرر .

متى يجب للزوجة مهرها بتمامه

قدمنا أن المهر يجب بمجرد العقد فى الزواج الصحيح ، وبالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد .

فأما المهر الواجب بالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد فهو واجب وجوبا مؤكداً مستقرا غير معرض لأن يسقط كله أو نصفه بأى فرقة سواء كان هذا الواجب هو مهر المثل عند عدم التسمية الصحيحة أو الأقل من المسمى ومهر المثل عند وجود تسمية صحيحة وذلك لأن الزوج بدخوله الحقيقى بالزوجة قد استوفى المتعة بها فتقرر عليه مهرها فإذا افترقا من تلقاء نفسهما أو فرق بينهما القضاء بعد الدخول الحقيقى فمهرها كاملا حق لها عليه .

وكذلك المهر الواجب بالدخول الحقيقى بناء على شبهة كما إذا زفت امرأة إلى رجل وقيل له إنها زوجتك فدخل بها ثم تبين أنها ليست زوجته فإن المهر الواجب لهذه المرأة بسبب الدخول الحقيقى بها وهو مهر مثلها واجب لها بتمامه وجوباً مؤكداً مستقراً لا يسقط كله أو نصفه بأى فرقة .

أما المهر الواجب بمجرد العقد فى الزواج الصحيح فهو واجب وجوباً غير مستقر بل هو عرضة لأن يسقط كله أو نصفه .

وإنما يتأكد هذا الواجب بتمامه إذا دخل الزوج بزوجته حقيقة ، أو اختلى بها خلوة صحيحة ، أو مات أحدهما ، فإذا وجد بعد العقد الصحيح واحد من هذه المؤكدات الثلاثة تأكد وجوب المهر لها بتمامه وصار حقاً مستقراً للزوجة لا يسقط بأى فرقة من قبله أو من قبلها ، وذلك لأنه بالدخول الحقيقى قد استوفى حقه فى المتعة فيتأكد للزوجة حقها فى المهر كاملا ، وبالخلوة الصحيحة قد مكنت

الزوجة زوجها من نفسها ولم يوجد ما يمنعه أن يستوفى حقه ويستمتع بها فكونه مع ذلك لم يستوف حقه لا يمنع من تقرر حقها فى مهرها كاملا لأنها أسلمت نفسها وأتت ما وسعها وهو الذى اقتصر على الاستمتاع بالخلوة بها وقد قال الله تعالى : ﴿ **فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة** ﴾ ، وبموت أحد الزوجين انتفى احتمال طروء فرقة من قبل الزوج تنصف المهر أو فرقة من قبلها تسقطه فتقرر الواجب بالعقد بتمامه فإذا كان الذى مات هو الزوج أخذت الزوجة مهرها أو ما بقى لها منه من تركته قبل قسمتها بين ورثته لأنه دين يبدأ بسداده . وإذا كانت التى ماتت هى الزوجة أخذ ورثتها مهرها أو ما بقى منه من زوجها بعد خصم ما يخصه منه لأنه من ورثتها يستحق نصف تركتها أو ربعها .

والمراد بالخلوة الصحيحة أن يجتمع الزوجان منفردين فى مكان آمنين من اطلاع غيرهما عليهما بدون إذنهما وليس بأحدهما أى مانع حسى أو شرعى أو طبيعى يمنع من الجماع فإذا لم تتوفر هذه الشروط بان اختليا فى مكان لا يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما أو اختليا وبهما أو بأحدهما مانع من الجماع شرعى كحيض أو صوم فرض ، أو طبيعى كوجود ثالث مميز ، أو حسى كصغر ومرض لا يستطاع معه الجماع فالخلوة فاسدة لا يتأكد بها وجوب المهر بتمامه .

وكما أن الخلوة الصحيحة فى الزواج الصحيح تشارك الدخول الحقيقى فى تأكيد وجوب المهر بتمامه : فهى تشاركه أيضا فى إيجاب العدة عليها بعد الفرقة وفى الآثار المترتبة على العدة من وجوب النفقة ، وحرمة الجمع بينها وبين محرم لها ، وحرمة زواج أربع سواها مادامت فى العدة ، وفى ثبوت النسب . ويختلفان فى الإحصان . فالدخول الحقيقى يحصن الرجل حتى إذا زنى بعده رجم والخلوة الصحيحة لا تحصنه حتى إذا زنى بعدها جلد .

وفى حرمة البنات ، فالدخول الحقيقى بالأم يحرم بنتها على الزوج الذى دخل بها وأما مجرد خلوته الصحيحة بها فلا يحرم عليه بنتها .

وفى حل المرأة لمطلقها ثلاثاً . فإذا تزوجت المطلقة ثلاثاً بآخر واختلى بها فقط خلوة صحيحة لا تحل لمطلقها الأول حتى يدخل بها الثانى دخولاً حقيقياً .

وفى الرجعة . فالطلاق بعد الدخول الحقيقى رجعى وبعد الخلوة الصحيحة بائن - وكذلك الدخول الحقيقى بالمطلقة رجعياً يعتبر مراجعة ولكن الخلوة الصحيحة بها لا تعتبر مراجعة .

وفى الميراث . فلو طلقت بعد الدخول الحقيقى ثم مات وهى فى العدة ترثه لأن طلاقها رجعى ولكن لو طلقت بعد الخلوة الصحيحة ثم مات وهى فى العدة لا ترثه لأنها بائنة منه .

والخلوتان الفاسدة والصحيحة فى الزواج الصحيح تشتركان فى إيجاب العدة بعد الفرقة احتياطا فى المحافظة على الأنساب وعدم اختلاطها .

ففى الزواج الصحيح الخلوة الصحيحة تشارك الدخول الحقيقى فى بعض الأحكام وتخالفه فى بعضها - وتشارك الخلوة الفاسدة فيه كذلك فى إيجاب العدة .

وأما فى الزواج الفاسد فالخلوة مطلقا سواء أكانت صحيحة أو فاسدة لا توجب المهر بتمامه ، لأن الشأن أن فساد الزواج يكون مانعاً لهما من الجماع فلا تعتبر الخلوة تمكيناً من الاستمتاع ولا مظنة له .

متى يجب للزوجة نصف المهر

إذا سمى فى عقد الزواج الصحيح مهر تسمية صحيحة ثم انحلت عقدة الزوجية قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة بسبب من قِبَل الزوج وجب للزوجة نصف مهرها فقط سواء كان سبب الفرقة الذى من قبله تطليقاً أو فسخاً بغير اختياره نفسه عند البلوغ - والدليل على هذا قوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ **وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح** ﴾ .

دلت هذه الآية على أن الزوجة التى طلقها زوجها قبل أن يمسها أى قبل أن يدخل بها حقيقة أو حكما وكان قد فرض لها مهراً فالواجب المستحق لها عليه نصف ما فرض لها . فإن كانت لم تقبض مهرها فلها مطالبة زوجها بعد الطلاق

بنصفه إلا أن تعفو وتتنازل عن مطالبته . وإن كانت قبضته فلزوجها الذى بيده عقدة النكاح مطالبتها بعد الطلاق بأن ترد إليه نصفه إلا أن يعفو ويتنازل عن مطالبتها برده .

ومثل المطلقة فى هذا الحكم كل من فارقها زوجها قبل الدخول بها بسبب من قبله كما إذا ارتد عن الإسلام زوج المسلمة أو أبى الزوج غير المسلم أن يسلم بعد أن أسلمت زوجته . أما فسخه بخيار البلوغ فهو فسخ للعقد من أصله فلا يجب عليه شىء مادام لم يدخل بمن عقد عليها . لا حقيقة ولا حكما لأن العقد إذا انفسخ يجعل كأن لم يكن .

والحكمة فى إيجاب نصف المهر فى هذه الحال أن لها وجهتين من النظر مختلفتين فلو نظرنا من وجهة أن الزوج بالفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما لم يستمتع بزوجته أى نوع من الاستمتاع ولم تقم له بواجب من واجبات الزوجية وحالها بعد الفرقة على ما كانت عليه قبل العقد ينتج أن الزوج لا يجب عليه شىء من المهر أصلا . ولو نظرنا من وجهة أن الزوجة بالعقد ملكت زوجها حق المتعة بها ولم تمنعه أن يستوفى حقه وهو الذى فوت ملكه مختاراً بهذه الفرقة الآتية من قبله ينتج أن عليه المهر كله . فالشارع الحكيم وفق بين الوجهتين وراعى الجانبين وأوجب على الزوج فى هذه الحال نصف المهر المسمى كتعويض لها عما لحقها من الضرر بفرقة ليست من قبلها .

والمتبادر من قوله سبحانه وتعالى : ﴿ **فنصف ما فرضتم** ﴾ أن الذى ينصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما هو المهر الذى فرض حين العقد فرضا صحيحا لأن هذا هو الذى يفهم من إطلاق « ما فرضتم »[1] .

فإذا لم يكن فرض حين العقد مهر فرضا صحيحا بأن سكت عن تسمية المهر أصلا . أو نفى . أو سمى تسمية غير صحيحة ففى هذه الأحوال الثلاثة التى

---

(١) ولو سمى أقل من عشرة دراهم ثم طلقها قبل الدخول وجبت لها خمسة دراهم لأننا لما لم نعتبر تسمية الأقل من العشرة جعل كأنه سمى العشرة فبالفرقة قبل الدخول يجب عليه نصفها وهو خمسة .

يكون الواجب فيها مهر المثل لو فارق الزوج زوجته قبل الدخول بها حقيقة أو حكما بسبب من قبله لا يجب لها نصف المهر لأن الذى ينصف هو ما فرض فى العقد فرضاً صحيحاً بل الواجب لها فى هذه الأحوال المتعة كما سيجىء .

وكذلك الزيادة التى تزاد على المهر بعد العقد سواء زادها الزوج إن كان كامل الأهلية أو أبوه أو جده إن كان فاقدها أو ناقصها لا يجب للزوجة نصفها بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما بل تسقط عن الزوج لأن الذى ينصف هو ما فرض فى العقد وهذه زيدت بعده .

وكذلك المهر الذى يفرض للمفوضة بعد العقد بتراضى الزوجين لا ينصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما لأنه فرض بعد العقد .

وهذا هو الجارى عليه العمل وهو مذهب الطرفين ومذهب أبى يوسف الأخير . وكان رأيه أولا أن الزيادة التى تزاد على المهر بعد العقد متى استوفت شروط لزومها واعتبرت مكملة للمهر تنصف بالطلاق قبل الدخول كما ينصف أصل المهر . وكذلك ما فرض للمفوضة بعد العقد لأنه صار فرضها وكأنه فرض حين العقد . ولكن القول المفتى به يستند إلى إطلاق قوله تعالى : ﴿ **فنصف ما فرضتم** ﴾ ولا يتسارع إلى الذهن عند الإطلاق إلا الفرض حين العقد فرضا صحيحا .

وإذا كان المهر لم تقبضه الزوجة ولا يزال فى ذمة الزوج أو تحت يده فبمجرد وقوع الفرقة من قبله قبل الدخول حقيقة أو حكما يصير نصفه ملكا له يتصرف فيه كيف يشاء بحيث لو كان المهر عشرة أفدنة وطلقها قبل الدخول بها وقبل أن يسلمها لها فبمجرد الطلاق يكون له الحق أن يتصرف فى خمسة منها بالبيع والهبة وسائر تصرفات المالك فى ملكه بدون توقف على قضاء له بها . وأما إذا كان المهر قد قبضته الزوجة فلا يصير نصفه ملكا للزوج بمجرد الطلاق قبل الدخول وإنما يصير ملكا له إذا ردته إليه بالتراضى أو قضى له به القاضى بحيث لو تصرف فيه قبل القضاء له به أو قبل رده إليه بالرضاء لا ينفذ تصرفه شأن تصرف الإنسان فيما لا يملكه .

والفرق بين الحالين أن المهر المستحق للزوجة بالعقد إذا قبضته تقوى ملكها فيه فلا يزول ملكها عن نصفه ويعود إلى ملك مطلقها بمجرد وقوع الفرقة بل لابد من أن ترده إليه برضاها أو يقضى له به القضاء .. وأما إذا لم تقبضه فملكها فيه لم يقو فبمجرد الفرقة يزول ملكها عن نصفه ويعود إلى ملك مطلقها .

وإذا نما المهر وهو فى يد الزوج بأن كان عروضا فربحت فى تجارة . أو كان بقرات عجافا فسمنت أو ولدت فبالفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما يكون هذا النماء لهما لأنه نماء ملكهما المشترك إلا إذا كانت الزيادة التى زيدت فيه ليست نماء له ولا متولدة منه كالبناء فهو لمن زاده . وكذلك الحكم إذا نما وهو فى يد الزوجة وقد قضى بعد الفرقة بنصفه لمطلقها .

وأما إذا كان نماؤه وهو فى يد الزوجة ولم يقض له بنصفه فالنماء كله لها لأنه نماء ملكها خاصة مادام لم يصدر حكم بنصفه للزوج وإذا كانت زيادة غير متولدة كالبناء فهى لها أيضا إذ الظاهر أنها هى التى زادتها وهو فى يدها .

متى تجب للزوجة المتعة

فى الحالات الثلاثة التى يجب فيها مهر المثل وهى ما إذا لم يسم فى عقد الزواج الصحيح مهر ، أو نفى ، أو سمى تسمية غير صحيحة إذا طلق الزوج زوجته أو فارقها بأى سبب من قبله قبل الدخول حقيقة أو حكما وجبت لها المتعة . وكذلك إذا تراضى مع المفوضة على فرض مهر لها بعد العقد ثم طلقها أو فارقها بأى سبب من قبله قبل الدخول حقيقة أو حكما وجبت لها المتعة .

والدليل على هذا قوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** ﴾ أى لا تبعة عليكم من إيجاب مهر أو نصفه إن طلقتم النساء قبل أن تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن . والحكمة فى إيجابها أن الزوجة تستحق تعويضا عما لحقها من الضرر بهذه الفرقة التى ليست من قبلها وليس فى العقد مهر مفروض حتى يفرض لها نصفه فأوجب الشارع لها المتعة تعويضا لها كما عوضت من فرض لها بنصف المفروض .

والمراد بالمتعة ما تمتع به الزوجة وتعطاه تعويضا لها عن إيحاشها بهذه الفرقة من الثياب التى تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أى عوض وقول الفقهاء المتعة الثياب التى تكسى بها المرأة عند الخروج حسب عرف بلدها مراد به ما إذا كانت المتعة بكسوة وليس معناه أن المتعة لا تكون إلا بهذا .

ويراعى فى تقدير المتعة حال الزوج المالية يسارا وإعسارا وتوسطا فتجب متعة الموسر أو المعسر لقوله تعالى : ﴿ **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** ﴾ . وقيل يراعى فى تقديرها حال الزوجة فقط لأنها قائمة مقام نصف مهر مثلها . ومهر مثلها يراعى فيه حالها فكذلك ما قام مقامه . وقيل يراعى فى تقديرها حالهما معا حتى لا يسوى بين الرفيعة والوضيعة ولا يرهق الفقير إذا

كانت مطلقته غنية . والقول الأول هو الراجح لأنه صريح قول الله تعالى : ﴿ **على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** ﴾ .

وعلى كل حال يشترط أن لا تزيد المتعة على مقدار نصف مهر المثل لأنها قائمة مقامه ولا تنقص عن خمسة دراهم لأنه أقل نصف المهر شرعاً .

متى يسقط المهر ولا يجب للزوجة منه شيء

إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة أو حكماً وكان سبب الفرقة آتياً من قبلها سقط مهرها ولا حق لها فى شيء منه فإن كانت لم تقبضه فليس لها مطالبة الزوج به وإن كانت قبضته فعليها رده وذلك كما إذا اختارت نفسها عند البلوغ فى الحال التى لها فيها خيار الفسخ أو ارتدت عن الإسلام . فلا تستحق شيئاً من مهرها لأنها هى التى فوتت على الزوج حقه وحالت بينه وبين المتعة . ولأنها بإقدامها على سبب الفرقة مع علمها بأنه لم يوجد ما يؤكد لها مهرها تعتبر كأنها متنازلة عنه وباختيارها الفسخ بالبلوغ نقضت العقد من أصله فلا يستحق لها شيء .

اقتران المهر بشرط

إذا سمى المهر مطلقا غير مقترن بشرط لأحد الزوجين أو محارمهما كان الواجب هو المسمى على ما بيننا .

أما إذا سمى المهر وقرن به شرط فهذا له أحوال ثلاثة :

الأولى : أن يسمى الزوج لزوجته مهراً أقل من مهر مثلها ويشترط لها على نفسه فى نظير ذلك شرطاً فيه منفعة مباحة شرعاً . مقصودة لها . يتوقف تحققها على فعله . سواء كانت المنفعة لشخصها أو لقريبها المحرم كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لها ثمانين على أن لا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها أو أن يطلق ضرتها .

ففى هذه الحالة يعتبر المهر الذى رضيت به الزوجة مجموع الأمرين القدر المسمى والمنفعة المشروطة فإذا وفى الزوج بالشرط فلها المسمى الذى تراضيا به وإن لم يوف بالشرط تستحق مهر مثلها لا المسمى لأن هذا المسمى لم ترض به مع نقصه عن مهر مثلها إلا مع تحقيق المنفعة المشروطة لها فإذا فاتت المنفعة فات رضاها بالمسمى فيجب الموجب الأصلى لكل زواج لم يتراض فيه على تسمية وهو

مهر المثل لأن المنفعة كانت عوضاً لها عن الفرق بين المسمى ومهر مثلها .

وهذا إذا كان المسمى لا ينقص عن مهر مثلها فلا أثر للإخلال بهذا الشرط . كما لا يكون أثر للإخلال به إذا كان المشروط مضرة لا منفعة . كأن يتزوج عليها . أو منفعة غير مباحة شرعاً كأن يسقيها خمراً . أو منفعة لأجنبى منها . ففى هذه الحالات يكون الواجب هو المسمى فالمراد أن تكون المنفعة المشروطة مباحة مقصودة يستحق بفواتها العوض وهو الفرق بين المسمى ومهر المثل.

الثانية : أن يسمى الزوج لزوجته مهراً أكثر من مهر مثلها ويشترط لنفسه عليها فى نظير ذلك شرطا فيه منفعة له كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لها مائة وخمسين على أن تكون عذراء أو سليمة من الأمراض أو بيضاء ففى هذه الحالة إذا تحقق المشروط للزوج فعليه المسمى وإن لم يتحقق فليس عليه إلا مهر مثلها لأنه إنما رضى بالزيادة على مهر مثلها فى مقابلة هذا الوصف الذى يرغب فيه فإذا فات ما يرغب فيه فات رضاه بما زاد عن مهر المثل فلا يجب عليه إلا مهر المثل .

هذا إذا كان فى عبارة العاقدين ما يفيد أنهما تراضيا على جعل المنفعة المشروطة لها فى مقابل النقص عن مهر مثلها فى الحالة الأولى وجعل الوصف المرغوب فيه منه فى مقابل الزيادة على مهر مثلها فى الحال الثانية . وأما إذا شرط أحد الزوجين فى العقد شرطا فيه منفعة له ولم تجعل هذه المنفعة فى مقابل نقص عن مهر المثل أو زيادة عليه بل كان اشتراطها للرضا بالزواج نفسه لا بمقدار المهر المسمى فيه فمذهب الحنفية أنه لا أثر لهذا الاشتراط ولا يترتب على الإخلال به شىء . لأن الزواج فى مذهبهم لا يدخله خيار شرط ولا رؤية ولا عيب .

ومذهب الإمام أحمد بن حنبل أنه إذا شرط أحد الزوجين شرطا فيه نفع مقصود له وفات الشرط فللمشروط له خيار الفسخ لأنه ما رضى بالزوجية إلا على هذا الشرط ولا يسقط حقه فى الفسخ إلا إذا أسقطه أو رضى بمخالفة الشرط . ودليله أن الرضا بالزواج إنما تم على هذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا فيثبت الخيار ولأن الحديث الصحيح صريح فى أن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللت به المتعة بالزوجات .

الثالثة : أن يسمى الزوج لزوجته مهراً على شرط ومهراً آخر على شرط آخر كأن يتزوجها على مائة إن كانت سليمة من الأمراض وعلى خمسين إن كانت غير سليمة .

فعلى قول الصاحبين التسميتان صحيحتان فإن كانت سليمة فلها المائة وإن كانت غير سليمة فلها الخمسون ووجه هذا ظاهر لأنهما تم تراضيهما عليه .

وعلى قول زفر التسميتان غير صحيحتين لأن المسمى مردد بين شيئين والترديد مورث للجهالة وتسمية المجهول غير صحيحة فالواجب لها مهر مثلها لا يزيد على مائة لأنها رضيت بها ولا ينقص عن خمسين لأنه رضى بها .

وعلى قول أبي حنيفة المسمى الأول على التقدير الأول صحيح فإن تحقق، أول الشرطين وجب المسمى له . وأما الثانى فغير صحيح لأنه ورد بعد الأول الذى صح فلم يصادف محلا فإن تحقق الشرط الثانى بأن تبين أنها غير سليمة فى المثال المذكور فالواجب لها مهر المثل لا يزيد عن مائة والراجح قول الصاحبين[1] .

قبض المهر وتصرف الزوجة فيه : قدمنا أن المهر بعد العقد يصير حقاً خالصاً للزوجة فإن كانت كاملة الأهلية فهى التى تقبضه بنفسها أو بمن توكله عنها فى قبض مهرها سواء أكانت بكراً أو ثيباً ويراعى أن توكيل الثيب لأبيها أو جدها فى قبض مهرها لابد أن يكون بتصريحها . وأما البكر فيكون توكيلها بتصريحها وبسكوتها عن نهيه أن يقبض لأن العادة جارية بأن ولى البكر هو الذى يقبض مهرها ويتولى تجهيزها فيكون سكوتها رضا بقبضه جريا على العرف . وأما الثيب فالمتعارف أنها تباشر شؤونها بنفسها فلابد من إذنها له بالقبض بصريح القول أو الفعل .

---

(١) قال فى الدر لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة يصح الشرطان بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه ووجهه عند الإمام أن الجهالة هنا غير فاحشة لأنها وقت الشرط على صفة واحدة من الجمال أو القبح وجهل الزوج بصفتها لا يوجب حطرا (وفى هذا نظر) .

وإن كانت غير كاملة الأهلية فالذى يقبض مهرها هو ولى مالها .

والولى المالى هو واحد من ستة على هذا الترتيب : الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضى ووصيه ، وكل من الأب والجد له الولاية على نفس الصغيرة ومالها فله تزويجها وله قبض مهرها - ومن عدا الأب والجد من الأقارب له الولاية على نفس الصغيرة فقط فله تزويجها وليس له قبض مهرها إلا إذا كان مقاماً وصياً عليها - والوصى له الولاية على مال الصغيرة فقط فله قبض مهرها وليس له تزويجها إلا إذا كان قريباً لها ولا يوجد أقرب منه ، فمن له الولاية على النفس والمال معاً يملك التزويج وقبض المهر . ومن له الولاية على أحدهما فقط لا يتعداه إلى الآخر .

فإذا قبض مهر الصغيرة واحد ممن لهم الولاية على مالها فقبضه معتبر وتبرأ به ذمة الزوج وليس للصغيرة بعد بلوغها أن تطالب زوجها بشىء منه وشأنها مع وليها ، وإذا قبضه واحد ممن ليست لهم الولاية على مالها فقبضه غير معتبر ولا تبرأ به ذمة الزوج فللزوجة بعد بلوغها أن تطالب زوجها به وهو يرجع على من أقبضه إياه . كما إذا قبض مهر الكبيرة أحد الولاة الماليين بدون توكيل منها .

وبما أن المهر يصير بعد العقد خالص حق الزوجة فلها أن تتصرف فيه بكل التصرفات الجائزة لها شرعاً شأن كل مالك فى ملكه فلها أن تشترى به وتبيعه وتهبه لأجنبى أو لزوجها ، وليس لأحد أن يجبرها على فوات شىء منه لزوجها أو لغيره ولو كان أباها أو أمها . وإذا ماتت قبل أن تستوفيه كان تركة لها يستوفيه ورثتها مع مراعاة أن زوجها من ضمن ورثتها كما تقدم .

وإذا كان المهر من الأعيان التى تتعين بالتعيين كعشرة فدادين محدودة ووهبتها الزوجة لزوجها أو وهبت له نصفها ثم طلقها قبل الدخول بها حقيقة أو حكما فسواء كانت هبتها له بعد القبض أو قبله ليس له مطالبتها بشىء لأنه بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما يستحق خمسة فدادين من هذه العشرة وقد عادله عين ما يستحقه وإن كان عوده من طريق الهبة .

وكذلك إذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين كمائة جنيه أو عشرة أرادب قمح هندى أو عشرة قناطير قطن أشمونى وقبل أن تقبضه وهبته له أو وهبت له نصفه ثم طلقها قبل الدخول حقيقة أو حكما فليس له مطالبتها بشىء لأنه بالطلاق قبل الدخول وقبل تسليمها المهر يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقد برئت ذمته منه فقد استوفى حقه ، وأما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين كمائة جنيه وقبضته ثم وهبته له فطلقها قبل الدخول فإنه يطالبها برد نصف المهر إليه لأن المائة التى أخذها بالهبة ليست هى التى أعطاها إياها مهراً فكأنها وهبته أى مائة .

فالأصل أنه إذا عاد للزوج بالهبة من زوجته عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لا يطالب الزوجة بشىء . ولا عبرة بكونه عاد إليه من طريق الهبة وهو استحقه من طريق الطلاق قبل الدخول لأن اختلاف الطريق لا يضر مادام عين الحق قد وصل .

فلو كانت إعادته إليه لا بطريق الهبة بأن باعته له فهذا لا يؤثر فى استحقاقه نصف المهر على أى حال لأن الذى يسقط حقه فى مطالبتها هو عود عين حقه إليه بغير عوض .

ضمان المهر : بما أن المهر يكون بالعقد الصحيح دينا للزوجة فى ذمة زوجها فلها أن تستوثق لاستيفاء دينها بأخذ رهن منه تكون أحق به حتى تستوفى مهرها . أو بأخذ كفيل يضمن لها مهرها ولا فرق بين أن يكون الزوج صغيراً أو كبيراً وبين أن يكون الكفيل أجنبياً أو ولى أحد الزوجين .

ولهذا جعل فى وثيقة الزواج الرسمية سطر خاص بالكفالة ليدون فيه ما إذا كفل أحد الزوج فى المهر والنفقة أو فى أحدهما أو لم يتعرض لها .

وبما أن الكفالة عقد فهى كسائر العقود تتم بالايجاب والقبول فإذا كفل الزوج أبوه فى مهر زوجته فلابد لصحة الكفالة ونفاذها من أن تقبلها الزوجة فى مجلس إيجابها أو يقبلها عنها وليها إن كانت صغيرة ليست أهلا للقبول . وإذا كفل أبو الزوجة الصغيرة مهرها لها قامت عبارته مقام إيجابه وقبولها لما له من الولاية عليها .

وبما أن الكفالة من التبرعات لأنها التزام الكفيل بأن يطالَب مع الأصيل بدين على الأصيل لا عليه . والتبرعات فى حالة صحة المتبرع نافذة أياً كان الشخص المتبرع له ومهما بلغ مقدار التبرع به . وفى حال مرض الموت حكمها حكم الوصية فإن كان المتبرع له وارثاً توقف نفاذ التبرع على إجازة سائر الورثة . وإن كان غير وارث نفذ التبرع فيما يعادل ثلث تركة المتبرع وتوقف فيما زاد على إجازة سائر الورثة .

بناء على هذا إذا كفل الزوج أبوه فى مهر زوجته فهو متبرع لابنه بالكفالة بهذا المهر . وإذا كفل أبو الزوجة مهرها لها فهو متبرع لبنته بها . فإذا كان الكفيل منهما فى حال صحته فكفالته صحيحة نافذة غير متوقفة على إجازة أحد . وإذا كان فى مرض موته فكفالته فى حكم الوصية والمتبرع له وارث وهو ابنه المكفول عنه فى الصورة الأولى وبنته المكفول لها فى الصورة الثانية ولهذا يتوقف نفاذ الكفالة فى الصورتين على إجازة سائر الورثة مهما كانت قيمة المهر المكفول .

وأما إذا كان الكفيل أجنبياً من المكفول له أو المكفول عنه إن كان فى حال صحته فكفالته نافذة وإن كان فى مرض موته فكفالته نافذة فيما لا يتجاوز ثلث تركته وتتوقف على إجازة ورثته فيما زاد عنه .

ومتى تمت الكفالة كان للزوجة أن تطالب بمهرها الزوج أو الكفيل فإذا أدى الأصيل وهو الزوج فقد برئت ذمته وإذ أدى الكفيل رجع بما أداه على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وإذنه . وإلا فلا رجوع له على الأصيل .

وإذا كان الكفيل أبا الزوج والزوج كبير فهو على هذا الأصل العام إن ضمنه بإذنه رجع عليه بما أداه وإلا فلا رجوع . أما إذا كفل الأب ابنه الصغير الفقير فليس له الرجوع عليه بالمهر الذى أداه عنه إلا إذا أشهد عند أدائه أنه أداه ليرجع به عليه وذلك لأن العادة جارية بأن الآباء يدفعون مهور أبنائهم الفقراء فهى قرينة على أن الأب متبرع بما ضمن فإذا أراد خلاف المعتاد فلابد أن يشهد على ذلك .

وإذا لم يكفل الأب ابنه الصغير فى مهره فليس للزوجة مطالبة الأب به لأنه ليس مديناً ولا كفيلاً . لكن إذا كان الصغير غنياً فللزوجة مطالبة أبيه بأن يدفع لها مهرها من مال الصغير المشمول بولايته ولو لم يضمن .

ولو مات أبو الصغير الفقير قبل أن يدفع المهر الذى ضمنه لزوجته فللزوجة أخذه من تركته ولباقى الورثة الرجوع به فى نصيب الصغير من ميراث أبيه .

هلاك المهر . واستهلاكه . واستحقاقه : إذا قبضت الزوجة مهرها وهلك فى يدها فهو ملكها وهلاكه عليها لا ترجع على الزوج بشىء وكذلك إذا استهلكته هى أو استهلكه غيرها كان ضمانه على من استهلكه .

وأما إذا هلك فى يد الزوج قبل أن تقبضه منه فهو ضامن لمثله أو قيمته سواء هلك من نفسه أو بفعل الزوج إلا إذا كان هلاكه بعمل من الزوجة فإنها باستهلاكه تعتبر مستوفية له . وإذا كان هلاكه بفعل أجنبى فضمانه على من استهلكه . والزوجة بالخيار إن شاءت ضمنت هذا المستهلك وإن شاءت ضمنت زوجها وهو يرجع على المستهلك بما أداه .

وأما إذا استحق المهر بأن تبين أن المنزل المسمى مهراً ليس ملكاً للزوج بل هو ملك غيره فسواء أكان ثبوت استحقاقه قبل القبض أم بعده فالزوج ضامن لمثله أو قيمته .

وإذا استحق بعضه كثلثه أو نصفه وكان المهر من المثليات أخذت الزوجة الباقى ورجعت على الزوج بمثل المستحق وإن كان من القيميات كمنزل مثلا خيرت الزوجة بين أن تأخذ الباقى وقيمة المستحق من الزوج وتصير شريكة مع المستحق وبين أن تأخذ قيمة المسمى كله وتترك للزوج الباقى منه ليكون هو شريك المستحق . لأنها لا تجبر على شركة فى مهرها قد لا ترضاها .

قضايا المهر : قضايا المهر والمنازعات بشأنه بين الزوجين أو ورثتهما ليست محصورة فى مسائل معينة فقد يكون النزاع فى أن المهر المستحق بالطلاق كل المسمى أو نصفه . وقد يكون النزاع فى مقدار مهر المثل ما هو . وقد يكون

النزاع فى أن صيغة الكفالة المدونة بالعقد تتناول المهر أولا . إلى غير ذلك من صور المنازعات . ولكن فقهاء الحنفية اقتصروا فى هذا البحث على ذكر قضايا أربع .

الأولى : إذا ادعت الزوجة بعد الدخول بها حقيقة أن مهرها جميعه باق فى ذمة زوجها وأنها لم تقبض شيئاً من مقدم صداقها والزوج ينكر ذلك فلا تسمع هذه الدعوى لأنها دعوى يكذبها الظاهر إذ الغالب أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد قبض مقدم صداقها أو شيء منه .

فإن ادعت أنه باق لها بذمته بعض المقدم لا كله تسمع دعواها . وإن دفعها الزوج بأنه أوفاها جميع المقدم فعليه إثبات ما دفع به – والمرجع فى أن الظاهر يكذب دعواها أو لا يكذبها إلى العرف .

الثانية : إذا ادعى أحد الزوجين أنه سمى فى العقد مهر تسمية صحيحة وأنكر الآخر حصول تسمية فالبينة على من ادعى التسمية واليمين على من أنكرها فإن أقام المدعى البينة قضى بالمسمى الذى ادعاه وإن عجز عن إقامة البينة وطلب تحليف المنكر وجهت إليه اليمين . فإن نكل عن الحلف حكم عليه بسبب نكوله لأنه بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعى . وإن حلف أنه لم تحصل تسمية حكم برفض دعوى المدعى ويكون حينئذ الواجب مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلى لكل زواج لم يثبت حصول تسمية للمهر فيه على أن لا ينقص مهر المثل الواجب عما ادعاه الزوج إن كان هو مدعى التسمية ولا يزيد على ما ادعته الزوجة إن كانت هى مدعية التسمية لأن ادعاء واحد منهما مسمى معيناً يعد رضا منه به فالزوج راض بأن يزيد مهر المثل إلى ما ادعاه والزوجة راضية بأن ينقص إلى ما ادعته . وظاهر أنه إنما يكون الواجب مهر المثل إذا كان هذا النزاع فى حالة تستحق فيها الزوجة المهر بتمامه بأن كانت الزوجية الصحيحة قائمة أو حصلت فرقة ولكن بعد وجود ما يؤكد وجوب المهر بتمامه من دخول حقيقى أو حكمى . أو موت أحد الزوجين .

وأما إذا كان النزاع بعد الفرقة وقبل وجود واحد من مؤكدات وجوب المهر بتمامه فإنه إذا حلف المنكر ترفض الدعوى ويكون الواجب المتعة لأنها هى التى تقوم مقام نصف مهر المثل على أن لا تنقص عن نصف ما سماه الزوج إن كان هو المدعى ولا تزيد على نصف ما سمته الزوجة إن كانت هى هى المدعية .

هذا إذا كان النزاع فى أصل التسمية بين الزوجين أنفسهما ومثله ما إذا كان النزاع بين أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما . وهذا قول الصاحبين وبه يفتى . وخالفهما الإمام فيما إذا كان النزاع بين ورثتهما وطال العهد بموت الزوجين وموت أقرانهما فقال : إنه فى هذه الحال لا يمكن معرفة مهر المثل حتى نوجبه وعلى قوله هذا إذا حلف المنكر ترفض دعوى المدعى ولا يقضى بشىء لا بالمسمى لعدم ثبوته ولا بمهر المثل لعدم معرفته فإن لم يتقادم عهد موتهما وأمكن معرفة مهر المثل فالإمام وصاحباه متفقون على وجوبه بعد الحلف .

الثالثة : إذا اختلف الزوجان فى قدر المسمى بأن ادعت الزوجة أن المهر المسمى مائة جنيه وادعى الزوج أنه ثمانون فقال أبو يوسف أن الزوجة تدعى الزيادة والزوج ينكرها فإن أقامت البينة على ما ادعت قضى لها به وإن عجزت عن البينة وطلبت تحليف الزوج وجهت إليه اليمين فإن نكل قضى بما ادعته وإن حلف قضى بالقدر الذى ذكره هو إلا أن يكون قدراً أقل من مهر مثلها بحيث يستنكر عادة أن يسمى لمثلها فيحكم مهر المثل .

وقال الطرفان أن كل واحد منهما مدع ومنكر فالزوج يدعى أن مهرها ثمانون وينكر دعواها فى زيادة العشرين وهى تدعى عليه بالعشرين وتنكر أن له الحق فى إدخالها فى طاعته حتى تتسلمها .

وإذا كان كل منهما مدعياً فمن أقام منهما بينة على دعواه قضى له وإن أقاما بينتين فإن كان مهر المثل يشهد لاحدى البينتين كانت مرجوحة والبينة الأخرى التى لا يشهد لها مهر المثل راجحة .

ففى المثل المذكور إذا أقام الزوج بينة على أن المسمى ثمانون وأقامت هى بينة على أنه مائة فإن كان مهر مثلها ثمانين أو ستين أو أقل رجحت بينتها هى

وقضى لها بالمائة وإن كان مهر مثلها مائة أو مائة وعشرين أو أكثر رجحت بينته هو وقضى بالثمانين .

وقالوا فى تعليله هذا أن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر والظاهر هنا مهر المثل فالبينة التى تخالفه راجحة .

وفى هذا التعليل نظر لأن كون البينات شرعت أصلا لإثبات خلاف الظاهر لا يقتضى أن وجود قرائن وشواهد تعضدها يجعلها مرجوحة ويجعل الأخرى التى تكذبها القرائن والشواهد راجحة مع أن الظاهر قد يكون وحده شهادة فكيف إذا أيد بينة يضعفها .

وإذا كان مهر المثل لا يشهد لإحدى البينتين بأن كان تسعين فى المثال المذكور أى أكثر مما قال وأقل مما قالت فلا مرجح لإحدى البينتين المتعارضتين فتسقطان ويقضى بمهر المثل .

وإن لم يكن لأحدهما بينة فالقول لمن يشهد له مهر المثل بيمينه فإن شهد للزوج وجهت إليه اليمين بطلبها وإن شهد للزوجة وجهت إليها اليمين بطلبه فمن نكل قضى عليه بما ادعاه خصمه ومن حلف قضى له بما ادعاه ، وإن كان مهر المثل لا يشهد لواحد منهما تحالفا أى وجهت اليمين إلى كل منهما ليحلف على نفى دعوى صاحبه فإن حلفا جميعاً قضى بمهر المثل وإن نكل أحدهما قضى عليه بما ادعاه خصمه ويبدأ بتحليف الزوج .

والعمل فى المحاكم الشرعية المصرية بمذهب أبى يوسف فقد جاء فى المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما نصه :

« إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوج . فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى مالا يصح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم مهر المثل . وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما » . والأخذ بقول أبى يوسف فى هذا أعدل وتطبيقه قضاء أيسر لأن تحكيم مهر المثل وترجيح البينة التى لا يشهد لها قد يكون متعذراً فى بعض الحالات .

الرابعة : إذا أعطى الخاطب مخطوبته أو أعطى الزوج زوجته قبل الدخول بها أو بعده شيئاً من النقود أو الحلى أو الثياب أو الطعام أو غيرها ولم يعين وقت إعطائه أنه هدية أو من المهر ثم اختلفا فادعت هى أنه هدية وادعى هو أنه من المهر فإن أقام أحدهما بينة على ما ادعاه قضى له وإن أقاماها جميعا رجحت بينتها لأنها تثبت خلاف الظاهر إذا الظاهر أن المعطى أعطى ليبرىء ذمته من المهر الواجب عليه فإن الإنسان يعمل أولا على تخليص ذمته مما عليه ثم يهدى ويتبرع . وإن عجزا عن إقامة البينة فالقول لمن يشهد له العرف بيمينه فإن كان العرف جارياً بأن هذا المعطى يعتبر هدية فالقول فيه للمرأة بيمينها وإن كان لم يتعارف بأنه هدية فالقول فيه للرجل بيمينه وإن لم يكن عرف فالقول للرجل بيمينه لأنه هو المعطى وإليه المرجع فى بيان على أى وجه كان الإعطاء لكن إذا كان ما أعطاه مما يستنكر أن يكون مهراً كطعام مهيأ للأكل من سمك أو شواء ونحوه فلا يكون القول له فيه وتصدق فيه هى بيمينها لأن الظاهر أن مثل هذا من الهدايا .

وفى كل موضع يثبت فيه أن المعطى مهر سواء كان ثبوته بالبينة أو اليمين فإن كان هذا المعطى موجوداً فى يد الزوجة فهى بالخيار إن شاءت احتسبته من مهرها واستوفت ما بقى لها منه وإن شاءت ردته واستوفت مهرها كاملاً ، وإن كان قد هلك فى يدها أو استهلك احتسب عليها بقيمته واستوفت الباق لها من مهرها إن بقى لها منه شىء .

وإذا عدل الخاطب عن الخطبة بعد أن قدم لمخطوبته نقوداً أو حلياً أو ثياباً أو طعاماً أو غير ذلك فما تبين أنه قدمه على أن يكون من المهر يسترده بنفسه إن كان قائماً ويسترد مثله أو قيمته إن كان هالكاً أو مستهلكاً لأنه قدمه على ذمة معاوضة ولم تتم ، وما تبين أنه قدمه هدية يسترده إن كان موجوداً على حاله وأما إن هلك أو استهلك فلا يسترد بدله أى شىء وكذلك إذا منع من الرجوع له مانع مما يمنع رجوع الواهب فى هبته .

الجهاز ومتاع البيت

إذا اشترى الأب جهازاً لابنته الكبرى من ماله فلا تملكه إلا إذا تسلمته لأن الأب متبرع بالشراء لها والتبرع لا يفيد الملك إلا بالقبض ومتى تسلمته وملكته فليس لأبيها ولا لغيره أن يسترده أو شيئاً منه لأن الهبة للقريب المحرم لا يصح الرجوع فيها .

وأما إذا اشترى جهازاً لابنته الصغرى من ماله فإنها تملكه بمجرد الشراء لها لأنها فى ولايته ويده يدها . ومتى صار ملكا لها بالشراء فليس لأبيها ولا لغيره استرداد شيء منه لأنه هبة للقريب المحرم .

وبما أن هذا تبرع من الأب أفاد التمليك بالتسليم أو بمجرد الشراء فإن كان الأب فى حال صحته وقت التسليم لابنته الكبرى أو وقت الشراء لابنته الصغرى ملكت كل واحدة منهما ما تبرع به لها أبوها ملكاً نافذاً غير متوقف على أجازة أحد شأن كل تبرع يصدر من صحيح أهل للتبرع ، وإن كان الأب وقت التسليم للكبرى أو الشراء للصغرى يضا مرض الموت توقف نفاذ تبرعه على إجازة سائر ورثته لأن التبرع فى مرض الموت فى حكم الوصية والوصية لوارث لا تنفذ إلا بإجازة سائر الورثة .

وبما أن الجهاز يصير بالتسليم أو الشراء ملكا لابنته فلو كان باقيا من ثمنه شيء فهو عليه هو يطالب به فى حياته ويستوفى من تركته بعد مماته وليس لورثته الرجوع على البنت بشيء .

والجهاز ملك خالص للزوجة سواء اشترته بمالها أو اشتراه لها أبوها من ماله ولا حق للزوج ولا لأحد غيره فيه . ولا تجبر على استعماله لزوجها أو لأحد من ضيوفه وإذا رضيت هى أن ينتفع به كان له الانتفاع وإذا لم ترض كان عليه أن يعد مسكنه إعداداً شرعياً ويجعله مستكملاً كل ما يلزمه من فرش وأدوات . وهى أيضاً لا تجبر على أن تجهز نفسها لا من مهرها ولا من غيره فلو زفت بجهاز قليل

لا يتناسب مع المهر الكثير الذى دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلا فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء ولا نقص شيء من المهر الذى تراضيا عليه وإن بالغ الزوج فى زيادته رغبة منه فى كثرة الجهاز لأن المهر حق تستحقه الزوجة فى مقابلة تمليكه حق المتعة بها لا فى مقابلة جهاز تزف إليه به .

قضايا الجهاز وأثاث البيت : قضايا الجهاز والأثاث ليست محصورة . فقد يقع النزاع بشأن امتناع الزوج من تسليم أعيان الجهاز أو بعضها لزوجته . وقد يقع النزاع بشأن قيمة هذه الأعيان إذا استهلكت وقد يكون فى غير ذلك ولكن الفقهاء هنا اقتصروا على ذكر قضيتين اثنتين .

الأولى : إذا جهز الأب ابنته من ماله وزفها إلى زوجها بجهاز ولم يصرح بأنه ملك لها هذا الجهاز أو أعاره لها ثم أدعى هو أو أحد ورثته بعده أن أعيان الجهاز التى زفت بها أو بعضها كانت عارية لا ملكا للزوجة وطلب الحكم بردها فادعت الزوجة أو زوجها بعد وفاتها أن هذه الأعيان كانت ملكا لا عارية ولا حق للأب أو ورثته فى استردادها . فمن حيث أن وكل واحد من المتداعيين مدع فمن أقام منهما بينة على دعواه قضى له سواء كان هو مدعى التمليك أو مدعى الإعارة وسواء أشهد الظاهر له أم خالفه لأنه نور دعواه بحجة غير معارضة . وإن كان لكل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر لأن البينات لإثبات خلاف الظاهر . والظاهر هنا هو العرف فإن كان العرف يشهد أن مثل هذه الأعيان المتنازع فيها يجهز الأب بها ابنته تمليكا لها رجحت بينة مدعى الإعارة وهو الأب أو ورثته بعده . وأن كان العرف يشهد بأنها تجهز بها إعارة رجحت بيته مدعى التمليك وهو الزوجة أو زوجها بعدها . وإن كان العرف مشتركاً لا يشهد لواحد منهما ولا عليه رجحت بينة الأب أو ورثته لأن الأب هو الذى أعطى الجهاز وجهة الإعطاء تعلم منه ، وورثته خلفاؤه يعلمون جهة تصرفاته .

وإن لم يكن لواحد منهما بينة فالقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه فإن كان الظاهر وهو العرف يشهدان مثل هذه الأعيان تسلم إعارة فالقول للأب أو ورثته باليمين وإن كان يشهد بأنها تسلم تمليكاً فالقول للزوجة أو الزوج باليمين وإن كان

العرف مشتركاً لا يشهد لواحد منهما ولا عليه فالقول للأب أو ورثته باليمين لما قدمناه من أنه هو المعطى وإليه المرجع فى بيان جهة الإعطاء ولأن ورثته من بعده هم خلفاؤه .. وكذلك يكون القول للأب أو ورثته باليمين إذا كانت أعيان الجهاز أكثر مما تجهز به مثل هذه الزوجة عادة لأن كثرته عن جهاز أمثالها ظاهر يشهد للأب بأنه أعار ولم يملك .

والأم والجد كالأب فى ذلك النزاع لأن العرف يحكم بأن تجهيز الأم لابنتها والجد لبنت ابنه كتجهيز الأب لابنته لأنهما يقومان مقامه .

الثانية : إذا اختلف الزوجان فى أثاث البيت الذى يسكنانه فادعى الزوج أنه له وأدعت الزوجة أنه لها فمن حيث أن كلا منهما مدع فمن أقام البينة قضى له سواء كان الاختلاف حين قيام الزوجية أم بعد حصول فرقة وسواء كان البيت الذى يسكنان فيه ملكا لأحدهما أم مستأجراً وسواء شهد الظاهر لمن أقام البينة أم خالفه لأن بينته أثبتت دعواه ، وإن كان لكل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر لأن البينات كما قدمنا لإثبات خلاف الظاهر . والظاهر هنا هو صلاحية الشيء المتنازع فيه لأيهما فإن كان يصلح له خاصة كثيابه الخصوصية أو أدوات الرسم لمهندس أو العيادة لطبيب رجحت بينتها . وإن كان يصلح لها خاصة كثيابها الخصوصية وأدوات زينتها رجحت بينته وإن كان يصلح لهما كالسرر والبساط والأوانى فلا مرجح لاحدى البينتين والقول قول الزوج بيمينه لأن يده على البيت وما فيه ظاهر يشهد له بلا معارض . وإن لم يكن لواحد منهما بينة فالقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه فما يصلح للرجال خاصة القول فيه للزوج بيمينه وما يصلح للنساء خاصة القول فيه للزوجة بينهما وهذا بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه .

وأما ما يصلح لهما ففيه خلاف قال الطرفان : يكون القول فيه للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد وظاهر يده شاهد له . وقال أبو يوسف : إن العادة جارية بأن الزوجة تزف إلى زوجها بشيء من الجهاز ولو قليل ويندر أن تزف الزوجة بلا جهاز أصلا فهذه الأعيان الصالحة لهما من سرر وفرش وأوانى وشبهها لابد أن تكون الزوجة حسب الغالب زفت إلى زوجها بشيء منها فيجعل لها من هذه

الأعيان قدر ما تجهز به عادة ويكون القول لها فيه بيمينها عملا بشهادة العادة الغالبة وما زاد عن ذلك يكون القول فيه للزوج بيمينه عملا بشهادة اليد وأبو يوسف لم يفرق بين ما إذ كان الاختلاف فى الصالح مما بين الزوجين أنفسهما أو بين أحدهما وورثة الآخر فجعل القول للزوجة أو ورثتها باليمين فى قدر ما تجهز به عادة وجعل القول للزوج أو ورثته باليمن فيما زاد . ومحمد لم يفرق أيضاً فجعل القول فيها كلها للزوج أو ورثته باليمين لأنه صاحب اليد ورثته خلفاؤه . وأبو حنيفة فرق فقال : وإذا كان الاختلاف فى الصالح مما بين الزوجين أنفسهما فالقول للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد وحده وإذا كان بين أحدهما وورثة الآخر فالقول للحى منهما بيمينه سواء كان الزوج أو الزوجة لأن يد الحى منهما ظاهر شاهد له .

(٢) نفقة الزوجة

دليل وجوبها على الزوج : نفقة الزوجة هى ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وفرش وخدمة وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف . وهى حق واجب ما على زوجها لقوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها** ﴾ وقوله عز شأنه فى سورة الطلاق : ﴿ **اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن** ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه مسلم فى صحيحه : « اتقوا الله فى النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله . ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

سبب استحقاقها : تستحق الزوجة النفقة على زوجها جزاء احتباسها وقصرها عليه لحقه ومنفعته ، وذلك لأن موجب عقد الزوج الصحيح أن تصير الزوجة مقصورة على زوجها لا يحل لغيره أن يستمتع بها صيانة لنسب أولاده عن الاختلاط . وأن تجب عليها طاعته والقرار فى بيته للقيام بواجباته ، وإذا كانت الزوجة محتبسة على الزوج لحقه وواجبه فنفقتها واجبة عليه عملا بالأصل العام « كل من احتبس لحق غيره ومنفعته فنفقته على من احتبس لأجله » ولهذا تستحق

النفقة الزوجة المسلمة والكتابية والغنية والفقيرة لأن سبب الاستحقاق وهو الاحتباس متحقق فيهن جميعا ولو كان السبب هو الصلة ما استحقتها الزوجة المخالفة فى الدين ولو كان السبب هو سد الحاجة ما استحقتها الزوجة الغنية .

شروط استحقاقها : إذا تحقق بالعقد الصحيح سبب استحقاق النفقة وهو الاحتباس يشترط لترتيب المسبب عليه وهو وجوب النفقة أمران : أحدهما : أن يكون الاحتباس موصلا للغرض الأول المقصود من الزواج وهو المتعة بالمباشرة الجنسية ودواعيها فإن كانت الزوجة طفلة لا تشتهى للمباشرة الجنسية ولا لدواعيها فاحتباسها كعدمه ، وثانيهما : أن لا يفوت على الزوج حقه وواجبه من هذا الاحتباس بسبب ليس من قبله فإن فات عليه ما يستحقه من هذا الاحتباس وكان تفويته عليه من غيره فهو احتباس كعدمه ، وتفصيل هذين الشرطين يتبين فيما يأتى :

من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا تستحقها : مما قدمنا فى بيان سبب استحقاق النفقة وشرطه يؤخذ أن التى تستحق النفقة من الزوجات هى الزوجة التى تم عقد زواجها صحيحا شرعا . وكانت صالحة للمعاشرة الزوجية ولو لمجرد المؤانسة . ولم يفت على زوجها حقه فى احتباسها بغير مبرر شرعى . فاللازم توفره لوجوب النفقة للزوجة على زوجها أمور ثلاثة :

الأول : أن تكون زوجة بعقد زواج صحيح شرعاً . فالزوجة بعقد زواج فاسد ، والمدخول بها بناء على شبهة لا تجب لواحدة منهما نفقة ، لأن الزواج الفاسد والدخول بشبهة لا يجعل للزوج حق احتباس . بل الواجب على الزوجين الافتراق رفعا للفساد ، وإذا لم يثبت حق الاحتباس للزوج لا تستحق الزوجة النفقة لعدم توفر سبب استحقاقها . حتى لو حكم بنفقة للزوجة زواجا فاسداً قبل ظهور الفساد ثم أداها الزوج تنفيذاً للحكم كان له بعد ظهور فساد العقد أن يسترد ما أداه ، وأما لو أنفق عليها بغير حكم فهو متبرع وليس له استرداد ما أنفق .

الثانى : أن تكون الزوجة صالحة لمتعة الزوج ولو بالمؤانسة ولتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها بأن تكون الزوجة كبيرة أو صغيرة تشتهى للأزواج . فإن كانت صغيرة دون سبع سنين لا تشتهى للأزواج بأى حال فلا نفقة لها لأن احتباسها كعدمه حيث لا يوصل إلى الغرض المقصود من الزواج .

وقال أبو يوسف : إذا استبقى الزوج هذه الصغيرة فى بيته وأمسكها للاستئناس بها وجبت لها النفقة لرضاه هو بهذا الاحتباس الناقص . وإن لم يمسكها فى بيته فلا نفقة لها . وهذا القول هو المفتى به .

واختلف فى الزوجة المريضة مرضا يمنعها من مباشرة الزوج لها . هل تستحق معه النفقة على زوجها أو لا تستحقها ؟ والقول المفتى به : إنها تستحق النفقة عليه مطلقا سواء مرضت عنده بعد زفافها إليه أو مرضت فى بيت أبيها ولم تمتنع من الانتقال إليه لأن المرض طارىء وقتى كالحيض والنفاس وليس من حسن المعاشرة الزوجية أن يكون طروء هذا الطارىء مفوتا ما يجب لها من النفقة فلا فرق بين الصحيحة والمريضة على المفتى به الجارى عليه العمل .

وروى عن أبى يوسف أنه قال : إذا مرضت قبل زفافها وانتقالها إلى منزل زوجها فلا نفقة لها مادامت مريضة ولم تنتقل إلى منزله . وإن زفت إليه وهى مريضة فحكمها حكم الصغيرة التى لا تشتهى إن أمسكها فى بيته فلها النفقة وإن لم يمسكها فلا نفقة لها . وإن زفت إليه سليمة ثم مرضت فى بيته فلها النفقة سواء بقيت مدة مرضها فى بيته أو عادت إلى بيت أهلها بإذنه .

ومثل المريضة المعيبة بعيب نسائى يمنع من مباشرة الزوج لها فالقول المفتى به لها النفقة مطلقا ، وعلى ما روى عن أبى يوسف هى على التفصيل فى المريضة لأن هذا العيب ما هو إلا نوع من المرض .

الثالث : أن لا يفوت على زوجها حقه فى احتباسها بغير مبرر شرعى وبسبب ليس من قبله .

فالزوجة الناشزة لا نفقة لها ، والناشزة هى التى خرجت من بيت زوجها بلا إذنه بغير وجه شرعى . أو امتنعت عن الانتقال إليه بغير حق . أو منعته من

الدخول عليها فى بيتها المقيم معها فيه ولم تكن سألته النقلة فأبى .

ففى كل حالة من هذه الثلاث تكون الزوجة ناشزة أى مستعصية عليه وخارجة عن طاعته ومفوتة حقه فى الاحتباس فلا تستحق النفقة لأنها واجب فى مقابلة حق ومادامت ناشزة فلا حق لها فى النفقة فإن أقلعت عن نشوزها استحقت النفقة من حين إقلاعها عن نشوزها .

وكذلك الزوجة المحبوسة فى جريمة أو دين أو ظلم لا تستحق النفقة مدة حبسها لأنها فوتت عليه حقه فيفوت عليها واجبها إلا إذا كان هو الذى حبسها فى دين له لأنه هو الذى فوت حقه .

وكذلك الزوجة التى غصبها غاصب وحال بينها وبين زوجها لا تستحق النفقة عليه مدة غصبها لأن الغصب سبب ليس من قبله وقد فوت عليه حقه فى الاحتباس فهو كحبسها ظلما .

وكذلك الزوجة المسافرة ولو لأداء فريضة الحج مع محرم لها لا تستحق نفقة مدة سفرها . لكن إذا حجت مع زوجها نفسه استحقت نفقة الحضر لا نفقة السفر .

وكذلك الزوجة المحترفة التى تخرج نهاراً لحرفتها إذا منعها زوجها فلم تمتنع لا تستحق نفقة .

والعلة فى هذا كله أن نشوزها وحبسها وغصبها وسفرها واحترافها فيه تفويت لحق زوجها فى احتباسها بغير وجه شرعى ، فلو كان تفويتها حقه لوجه شرعى كما إذا خرجت من طاعته لأن المسكن ليس شرعياً . أو لأن الزوج غير أمين على نفسها أو مالها . أو امتنعت من الانتقال إلى منزله لأنه لم يوفها عاجل صداقها ولو بعد الدخول بها . فلا تعد فى هذه الأحوال ناشزة وتجب لها النفقة ، وقال الصاحبان : إذا سلمت الزوجة نفسها إلى زوجها برضاها قبل أن تأخذ معجل صداقها أو ما بقى منه فليس لها بعد ذلك أن تمتنع عن تسليم نفسها إليه لاستيفائه

وإذا امتنعت تكون ناشزة ولا نفقة لها[1] ، وتجب لها النفقة أيضا إذا كان فوات حقه فى احتباسها بسبب من قبله هو بأن كان مريضاً مرضا يمنعه من مباشرة النساء . أو معيبا بعيب كذلك كعنة وجب وخصاء . أو محبوسا فى جريمة ارتكبها أو دين ماطل فى أدائه ففى هذه الأحوال هو الذى فوت حقه على نفسه فتبقى نفقتها واجبة عليه .

فالخلاصة أن الزوجة بعقد صحيح إذا فات على زوجها حقه فى احتباسها بغير وجه شرعى لا تجب لها عليه نفقة مادامت كذلك ، وإن لم يفت عليه حقه أصلا ، أو فوتته هى عليه بمبرر شرعى ، أو فوته هو على نفسه بسبب من قبله فنفقتها واجبة عليه .

واختلف فى سفر الزوج بزوجته إلى بلد غير البلد الذى كانت تقيم معه فيه هل هو حق للزوج بحيث إذا أبت أن تسافر معه تعد مفوتة حقه فى احتباسها بغير حق فلا تجب لها النفقة أو ليس حقا له إذا كان السفر بعيداً بحيث إذا امتنعت لا تكون ناشزة ، وأصح الأقوال أن للزوج أن ينقل زوجته إلى أى بلد قريبة أو بعيدة متى كان مأموناً على نفسها ومالها . وأوفاها معجل صداقها ولم يقصد بنقلها الكيد لها والإضرار بها . فإذا أبت أن تسافر مع زوج هذه حاله فهى ناشزة ولا نفقة لها مادامت كذلك فإن كان غير مأمون على نفسها أو مالها أو كان قاصداً المضارة بنقلها أو لم يوفها معجل صداقها فلا يعد امتناعها عن السفر معه فى هذه الحال نشوزاً وتجب لها النفقة وهذا هو ما عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية الآن .

تقدير النفقة : نفقة الزوجة تشمل طعامها وكسوتها ومسكنها وخدمتها وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف كما قدمنا .

وما دامت الزوجية قائمة والزوج معاشر زوجته فهو الذى يتولى الإنفاق عليها ويجيئها بما فيه كفايتها من طعام وكسوة وغيرهما ومادام متوليا هذا الإنفاق وقائما بالواجب فليس للزوجة طلب فرض نفقة .

---

(١) وعلى قول الصاحبين سارت بعض المحاكم الشرعية المصرية وهذا حسن فى بعض قضايا يكون الدفع فيها بعدم استيفاء مقدم الصداق جميعه ليس الغرض منه إلا الخروج عن طاعة الزوج والكيد له .

فإذا شكت مطله فى الانفاق وأنه تاركها بلا نفقة بغير حق وطلبت فرض نفقة لها بأنواعها الثلاثة الطعام والكسوة والمسكن وثبت ذلك . فرض لها القاضى النفقة بأنواعها وأمر الزوج بأداء ما فرض لها – ويصح أن تكون النفقة المفروضة أصنافاً بأن يفرض على الزوج أن يرتب لطعامها مقادير معينة من خبز ولحم وخضر وما يستلزمه طعامها . ويرتب لكسوتها شتاءً ثياباً معينة وصيفاً كذلك – ويصح أن يفرض لها بدل طعامها وكسوتها من النقود وهى تشترى بها ما يلزمها .

أساس تقدير النفقة : يراعى فى تقدير النفقة بأنواعها أمران :

أولهما : حال الزوج المالية حين فرضها فإن كان موسراً فرضت لها نفقة اليسار ولو كانت هى معدمة ، وإن كان معسراً فرضت لها نفقة الإعسار ولو كانت هى ثرية ، وإن كان متوسط الحال فنفقة الوسط ، وهذا هو الجارى به العمل الآن فى المحاكم الشرعية المصرية تطبيقاً للمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ونصها : « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حال الزوجة » . وهذا مذهب الشافعى وقول صحيح فى مذهب الحنفية . وأما القول الآخر فى مذهب الحنفية وهو الذى كان عليه العمل قبل سنة ١٩٢٩ فهو أن النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معاً فإن كانا موسرين فنفقة اليسار وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار وإن كانا مختلفين فنفقة الوسط ويؤمر الزوج المعسر بأداء ما فى وسعه . والزائد دين عليه إلى الميسرة .

ولكن ما عليه العمل الآن هو صريح القرآن الكريم فى قوله تعالى : ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته . ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا** ﴾ وقوله عز شأنه : ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾ .

وثانيهما : غلاء الأسعار ورخصها حين الفرض لأن المفروض إنما هو ثمن لشراء حاجيات ، والأثمان تختلف باختلاف الأسعار .

فإذا تغيرت الأسعار عن وقت الفرض إلى زيادة . أو تحسنت حال الزوج المالية عما كانت عليه حين الفرض كان للزوجة أن تطلب زيادة نفقتها .

وإذا تغيرت حال الأسعار إلى نقص أو حال الزوج المالية إلى أسوأ كان للزوج أن يطلب تخفيض النفقة .

ولا يلزم أن تفرض النفقة شهرية بل يصح أن تفرض يومية إذا كان الزوج من العمال الذين يقتضون أجرتهم يوما فيوما وطلب ذلك . وأن تفرض أسبوعية أو سنوية على حسب ما هو ميسور للزوج . وتعطى نفقة أية مدة مقدما حتى تستطيع الزوجة قضاء حاجاتها منها .

والجارى عليه العمل الآن فى المحاكم الشرعية المصرية فرض بدل طعامها شهريا وبدل كسوتها عن ستة شهور على اعتبار أنها تحتاج فى السنة إلى كسوتين واحدة للصيف وأخرى للشتاء . وبعض القضاة يفرض مبلغا شهريا لطعامها وكسوتها وسكنها بدون تفصيل مراعيا أن فيما يفرضه كفاية لها فى الأنواع الثلاثة حسب حال زوجها .

وإذا تبين بعد فرض النفقة أن التقدير كان خطأ لا يقوم بكفاية الزوجة حسب حال زوجها لأن ما فرض لطعامها لا يسد حاجتها وما فرض لكسوتها كذلك مع أنها لم تستعمل ثيابها غير الاستعمال المعتاد عدل القاضى المفروض لطعامها وكسوتها تعديلا يتفق وكفايتها مع رعاية حال الزوج .

والمسكن الذى يهيئه لزوجته ويجب عليها أن تطيعه فيه بحيث إذا امتنعت من الطاعة فيه تعتبر ناشزة هو المسكن اللائق لحالة الزوج المالية سواء كان منزلا مستقلا أو شقة فى منزل أو حجرة من شقة حسب ميسرة الزوج بشرط أن يكون خاليا من أهله وأهلها وفيه المرافق الشرعية وبين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها فإذا أعد لها مسكنا مستكملا هذه الشروط فقد قام مما يجب عليه .

وليس له أن يجبرها على إسكان أحد معها فى مسكنها من أهله وأولاده من غيرها سوى ولده الصغير غير المميز . كما أنها ليس لها أن تسكن معها أحداً من أهلها وأولادها من غيره ولا ولدها الصغير غير المميز والغرض من هذا منع إضرار كل واحد منهما بصاحبه وتوفير أسباب الراحة لهما .

وإذا كان فى منزل شقق متعددة أو فى دار بيوت متعددة والزوجة تسكن فى إحداها ، وللزوج قريبات كأمه وأخته وبنته تسكن فى الأخرى فليس لها أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر إلا إذا آذينها بفعل أو قول . وأما إذا كان فى الشقة

الأخرى أو فى البيت الآخر ضرتها فلها أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر بعيدًا عنها مطلقا لأن مجرد وجود الضرة إيذاء لها(١) .

وإذا لم يهىء الزوج هذا المسكن الشرعى فرض القاضى لها بدل سكناها مراعيا حاله وأجور المساكن وأمره بأدائه إليها .

وإذا كان الزوج معسرا فلا تجب عليه نفقة خادم لأن الواجب على المعسر نفقة الكفاية وهى تكتفى بخدمة نفسها وإذا كان موسرا وجبت عليه نفقة ما تحتاج إليه من خادم أو أكثر حسب يساره وحاجتها متى كان هذا الخادم مملوكا لها ومتفرغا لخدمتها . فلو لم يكن لها خادم مملوك لا يلزمه إحضار خادم يخدمها بل يلزمه أن يحضر لها ما تحتاجه .

نفقة الزوجة الغائب : إذا طلبت الزوجة فرض نفقة لها على زوجها الغائب فرض لها ولا تمنع غيبة الزوج من القضاء عليه بنفقة زوجته .

وإذا كان لهذا الغائب مال من جنس النفقة كالغلال والنقود وكان هذا المال فى يد الزوجة فرض القاضى لها النفقة وأمرها بأخذ المفروض لها مما فى يدها من ماله .

وإن كان مال الزوج الغائب الذى هو من جنس النفقة وديعة عند أحد أو دينا فى ذمة أحد وطلبت الزوجة فرض نفقة لها على زوجها وأمر المودع أو المدين بأداء المفروض لها فإن كان كل من المودع أو المدين معترفاً بالزوجية وبالوديعة أو الدين أمر بأداء المفروض لها لأنه معترف بأن لها حقا فيما عنده للغائب . وإن كانا غير معترفين بهما أو بأحدهما والقاضى يعلم ما أنكره أمر بالأداء أيضا إعانة

(١) ذكر ابن عابدين أن المسكن يراعى فيه العرف وأن على المفتى أن ينظر إلى حال أهل زمانه وبلده فمن الناس من لا يسكنون فى بيت من دار مشتملة على أجانب فيلزمون بدار من بابها ومنهم من يسكنون بالزوجة فى بيت من دار لو مع احمائها وضرتها فينبغى مراعاة حال الأزواج واختلاف الزمان والمكان .

لصاحبة الحق على وصولها إلى حقها . وإن كان كل منهما غير معترف بالزوجية ولا بالوديعة أو الدين ولا علم للقاضى بهما تسمع الدعوى من الزوجة وتطلب منها البينة على ما أنكر فإذا أقامتها قضى لها بالنفقة وأمر المنكر بالأداء . وهذا قول زفر المفتى به ووجهه أن القضاء هنا هو بمجرد النفقة سداً لحاجة الزوجة ولا ضرر فيه على الزوج لأنه يحتاط لحقه بأخذ كفيل منها بما أخذت . وتحليفها اليمين على أنها تستحقه . وله المعارضة بعد عودته ودفع دعواها بما يبطلها .

وقال الإمام وصاحباه لا تسمع دعواها على المودع أو المدين عند إنكارهما الزوجية والوديعة أو الدين لأنه ليس واحد منهما خصما لها فى إثبات ما أنكره لأن إثبات الوديعة أو الدين يكون من المودِع أو الدائن . وإثباتها الزوجية يكون فى مواجهة الزوج . وإذا لم تكن خصومة فلا تسمع الدعوى .

وفى كل موضع يقضى على الغائب بنفقة لزوجته يحتاط القاضى لحقه بأخذ كفيل من الزوجة يكون ضامنا لما أخذته إن تبين أنها لا تستحقه . وبتحليفها اليمين على أنها تستحق نفقة عليه .

وللغائب بعد عودته أن يعارض فى الحكم ويدفع دعواها بما يبطلها كأن يدفعها بأنها مطلقة انقضت عدتها أو ناشزة أو إنه ترك لها قبل غيبته ما تنفق منه على نفسها وإذا ثبت ما دفع به بالبينة وتقرر قبول الدفع ونقض الحكم المعارض فيه فله الرجوع على زوجته أو كفيلها بما أخذت من ماله بغير حق – هذا إذا ترك الغائب مالا من جنس النفقة .

أما إذا ترك مالا ليس من جنس النفقة بأن كان ماله عقارات مثلا فلا يباع شىء من عقاراته تنفيذاً لنفقتها بل تكون نفقتها فى أجرة ما يؤجر منها لأن مال المدين لا يباع فى دينه عند الإمام مطلقا . ولا يباع عند الصاحبين إلا إذا امتنع من أدائه ومع الغيبة لم يثبت امتناع .

وإذا لم يترك مالا أصلا لا من جنس النفقة ولا من غيره قضى القاضى لها بالنفقة وأمرها أن تستدينها وتجب الإدانة على من تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة – ولو طلبت تطليقها منه لإعساره لا تجاب إلى طلبها . لأن إعسار

الزوج سواء كان غائباً أو حاضراً ليس مسوغاً لتطليق زوجته منه فى مذهب الحنفية لأن العسر عرض يزول والمال غاد ورائح .

هذا ما كان عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية قبل صدور القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ أما بعد صدور هذا القانون فقد قضت المادة الخامسة منه بأن الغائب إذا كان له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقة فيه سواء كان هذا المال من جنس النفقة أو من غير جنسها . والمراد بالطرق المعتادة فى التنفيذ ما ورد ن لائحة التنفيذ من البدء بالتنفيذ على النقود الموجودة عينا ثم على المنقولات ثم على العقار فى حالة عدم وجود منقولات أو عدم كفاية ثمنها . ولا يجوز بيع منزل السكنى . وإن لم يكن له مال ظاهر يمكنها أن تنفذ حكم نفقتها فيه وطلبت تطليقها منه طلقها القاضى منه فى الحال . أو بعد إعذاره ومضى الأجل المضروب له على التفصيل بين الغائب غيبة بعيدة والغائب غيبة قريبة الذى يتبين فى فرق الزواج كما سيتبين أن لزوجة الغائب إذا غاب سنة فأكثر بلا عذر أن تطلب تطليقها منه ولو كان له مال ظاهر كما نص على هذا فى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

متى تكون النفقة دينا على الزوج : نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالعقد الصحيح عليها ولكنها فى مذهب الحنفية لا تصير دينا فى ذمة الزوج بمجرد امتناعه عن الأنفاق مع وجوبه بل هى على التفصيل الآتى :

النفقة المستحقة للزوجة إذا لم يصدر حكم بها أو لم يتراض الزوجان عليها وأنفقتها الزوجة على نفسها من مالها أو مما استدانته من غيرها فى مدة شهر أو أكثر لا تكون دينا على الزوج بحيث إذا طلبت الحكم لها بنفقتها عن مدة ماضية سابقة على وقت التقاضى أو التراضى شهر فأكثر لا تجاب إلى طلبها لأن ما أنفقته على نفسها من غير قضاء أو رضاء لا ترجع به على زوجها ، غير أنه يجاب طلبها عن مدة سابقة على الحكم أقل من شهر لأن هذه المدة تعتبر فترة التقاضى ولابد أن يمضى مثلها على المدعية قبل القضاء لها .

أما نفقة الزوجة التى صدر حكم بها أو تراضى الزوجان عليها ولكن لم يقرن الحكم أو التراضى بإذن الزوجة باستدانتها فإنها تكون دينا للزوجة على زوجها تطالبه بما تجمد لها منه سواء أنفقت على نفسها من مالها أو مما استدانته من غيرها – ومثله ما أنفقته على نفسها من غير قضاء أو تراض ولكن فى مدة أقل من شهر – ولكنه دين ليس صحيحاً من كل وجه بل هو دين ضعيف ولهذا يسقط بما يسقط به الدين الصحيح وهو الأداء أو الإبراء ويسقط أيضا بواحد من ثلاثة ، بنشوز الزوجة فإذا خرجت الزوجة عن طاعة زوجها بغير حق شرعى وكان لها متجمد من هذا الدين سقط بنشوزها ، وبموت أحد الزوجين فإذا مات أحدهما وفى ذمة الزوج متجمد من هذا الدين سقط عنه فلو كان هو الذى مات ليس لها أن تأخذه من تركته ولو كانت هى التى ماتت ليس لورثتها أن يطالبوا زوجها به ، وبطلاقها الذى بنى على سبب من قبلها كسوء خلقها . فإذا طلقها سقط المتجمد لها عليه من هذا الدين إذا ثبت أنه كان له العذر فى تطليقها لأنها هى التى اضطرته إليه لسوء معاشرتها أو سوء سمعتها مثلا – وقيل إن الطلاق أياً كان سببه لا يسقط هذا الدين . وقيل إن الطلاق أيا كان سببه يسقط هذا الدين – والمختار هو التفصيل المتقدم .

وأما نفقة الزوجة التى صدر حكم بها أو تراضى الزوجان عليها . وأذنت الزوجة من القاضى أو من زوجها باستدانتها . واستدانتها الزوجة فعلا للانفاق على نفسها فهى دين صحيح لا يسقطه إلا الأداء أو الإبراء ولا يسقطه واحد من النشوز أو الموت أو الطلاق .

ففى مذهب الحنفية النفقة الواجبة للزوجة إذا لم يؤدها الزوج لها مع وجوبها قد لا تكون دينا عليه أصلا . وقد تكون دينا ضعيفا ، وقد تكون دينا صحيحا .

وكان عمل المحاكم الشرعية على هذا إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ونص فى المادة الأولى منه على أن نفقة الزوجة المستحقة لها شرعا تعتبر دينا صحيحا لها فى ذمة زوجها من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء . ونص فى المادة

الثانية منه على أن المطلقة التي تستحق نفقة العدة تعتبر نفقتها كذلك دينا صحيحا من تاريخ طلاقها(وهذا مأخوذ من مذهب الشافعي) .

وهذا نص المادتين المشار إليهما وتعليمات وزارة الحقانية بشأنهما

مادة ١ : تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينا إلا بالأداء أو الإبراء .

مادة ٢ : المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

« التعليمات : اشتملت هاتان المادتان على حكمين مخالفين لما كان العمل جارياً عليه قبل صدور هذا القانون وهما :

١ – إن نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط في اعتبارها ديناً في ذمة الزوج القضاء أو الرضا بل تعتبر دينا من وقت امتناع الزوج عن الاتفاق مع وجوبه .
٢ – إن دين النفقة من الديون الصحيحة وهي التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ويترتب على هذين الحكمين :
(١) أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها من مدة سابقة على الترافع ولو كانت أكثر من شهر إذا ادعت أن زوجها تركها من غير نفقة مع وجوب الإنفاق عليها في هذه المدة طالت أو قصرت ومتى أثبتت ذلك بطريق من طرق الاثبات ولو كان شهادة الاستكشاف المنصوص عليها في المادة ١٧٧ من اللائحة حكم لها بما طلبت .

(٢) إن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق ولو خلعا فللمطلقة مطلقا الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ما لم يكن عوضاً لها عن الطلاق أو الخلع .

(٣) إن النشوز الطارىء لا يسقط متجمد النفقة وإنما يمنع النشوز مطلقاً من وجوبها مادامت الزوجة أو المعتدة ناشزة .

وظاهر أن هذين الحكمين هما المنصوص عليهما فى هاتين المادتين وأما ما عداهما من أحكام النفقة فالمرجع فيه إلى الأرجح من مذهب أبى حنيفة طبقاً لما نص عليه فى اللائحة وعلى هذا يكون المرجع فيمن تجب لها النفقة ومن لا تجب هو « مذهب أبى حنيفة » .

ومن المقارنة يتبين أن ما كان عليه العمل قبل سنة ١٩٢٠ وهو مذهب الحنفية كان يفوت على الزوجات نفقتهن عن كل مدة سابقة على وقت الحكم شهر فأكثر . ولذلك ما كانت تصدر أحكام النفقات مستندة إلى تاريخ سابق على الحكم بأكثر من شهر . وما صار عليه العمل بعد سنة ١٩٢٠ وهو مذهب الشافعية جعل للزوجة الحق فى أن تطلب الحكم لها بالنفقة عن كل مدة سابقة طالت أو قصرت .

وقد تبين أن بعض الزوجات استغلت هذا التعديل لإرهاق الأزواج بمبلغ باهظ متجمد عن عدة سنين ولهذا تدورك الأمر ونص فى الفقرة ٦ من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ « اللائحة » على ما يأتى « ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

وجاء فى المذكرة الايضاحية بشأن هذه الفقرة ما نصه :

أما النفقة عن المدة الماضية فقد رئى أخذاً بقاعدة جواز تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى ، ولما كان فى إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى احتمال المطالبة بنفقة سنين عديدة ترهق الشخص الملزم بها رئى من العدل دفع صاحب الحق فى النفقة إلى المطالبة بها أولا فأولا بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجعل ذلك من طريق منع سماع الدعوى وليس فى ذلك الحكم ضرر على

صاحب الحق فى النفقة إذ يمكنه أن يطالب به قبل مضى الثلاث سنين »[1] .

وبما أن نفقة الزوجة التى تستحقها على زوجها تعتبر دينا فى ذمته من وقت امتناعه عن الإنفاق يصح أن تبرئه الزوجة من دين نفقتها كله أو بعضه متى صادف الإبراء دينا فى ذمته ، وبما أنها تعتبر دينا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فإذا كان للزوج دين فى ذمتها وطلب أحدهما مقاصة الدينين أجيب إلى طلبه لاستواء الدينين فى القوة .

وإذا عجل الزوج لزوجته نفقة مدة مستقبلة كشهر مثلا ثم طرأ فى أثناء المدة ما يجعلها لا تستحق النفقة بأن نشزت فى نصف الشهر أو مات أحد الزوجين فقال الشيخان : لا يسترد شيء مما عجل من النفقة لأنها وإن كانت جزاء احتباس فيها شبهة الصلة والصلة بين الزوجين لا رجوع فيها وقال محمد والشافعى : يسترد من المعجل نفقة المدة التى لا تستحق نفقة عنها لأنها إنما أخذته جزاء احتباسها ومتى فات الاحتباس فلا حق لها فيه فعليها أن ترده .

ومقتضى الأخذ بمذهب الشافعى فى اعتبارها دينا صحيحا من حين وجوبها أن يؤخذ بهذا فيكون له استرداد ما عجله مما تبين عدم وجوبه عليه .

(٣) عدم الإضرار بالزوجة

من حق الزوجة على زوجها أن لا يضرها بقول أو فعل أو خلق قال تعالى : ﴿ **فامسكوهن بمعرف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه** ﴾ فإذا لم يوفها زوجها هذا الحق وأضر بها كأن كان يضربها أو يؤذيها بأقواله أو أفعاله ففى مذهب الحنفية ليس لها أن تطلب تطليقها منه لهذا وإنما ترفع أمرها للقاضى ليزجره ويعزره ليرتدع عن الإضرار بها[1] .

---

(١) ولم نعرف الحكمة فى تحديد المدة بخصوص ثلاث سنين ولا ما استند إليه فى هذا التحديد . كما أن بعض الباحثين يرى أنها كثيرة وسبيل الإرهاق إذا كانت النفقة المحكوم بها شهريا كثيرة .

(١) نقل ابن عابدين أنها لو قالت : أنه يضربنى ويؤذينى ، فمره أن يسكننى بين جيران صالحين فإن علم القاضى ذلك زجره ومنعه من التعدى فى حقها ثم ذكر ما يفهم منه أنها لو طلبت تعزيره عزره بما يردعه .

ولكن لما كانت أحكام مذهب الحنفية فى هذا الباب ليس فيها مخلص من شقاء الزوجية وإضرار الزوج بزوجته أخذ بمذهب مالك دفعا للضرر فكان لها أن تتخلص من زوجيته وتطلب تطليقها منه وكما شرع لها أن تطلب التطليق ولغيبة زوجها عنها سنة فأكثر بلا عذر ولحبسه ولإعساره عن نفقتها ولامتناعه عن الإنفاق عليها مع قدرته ولوجود عيب أو داء مستحكم به والغرض من هذا تمكينها من دفع الضرر عن نفسها وحمل زوجها على عدم الإضرار بها وسترى كل هذا مفصلا فى كتاب الطلاق .

(٤) العدل بين الزوجـــات

من حق الزوجات على زوجهن أن يعدل بينهن لأن الله تعالى أمر بالاقتصار على زوجة واحدة عند خوف الجور وهذا يقتضى وجوب العدل بينهن إذا تعددن قال تعالى : ﴿ **فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة** ﴾ وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل ويقول : « اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك » .

والواجب أن يعدل الزوج بينهن فيما يملك فيسوى بينهن فى الإنفاق عليهن لأن النفقة حسب حاله هو على ما عليه العمل الآن . ويسوى بينهن فى المبيت عندهن بحيث يؤنس كل واحدة بالمبيت عندها عددا من الليالى مثل عدد ليالى الأخرى . أما ما لا يملك وهو ميل القلب فلا يكلف المساواة فيه لأنه لا تكلف نفس إلا وسعها وهو المراد بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة** ﴾ .

فالعدل المشروط لإباحة التعدد هو القدر المستطاع من المساواة ، والذى نفيت استطاعته هو المثل الأعلى من العدل والمساواة فى كل شىء بغاية الدقة بلا نقص أو زيادة فيه حتى فى الود القلبى .

ومدة الإقامة عند كل واحدة يقدرها هو وينبغى أن لا تكون طويلة والرأى له فيمن يبدأ بها . وإذا كان ممن يشتغلون ليلا تكون المناوبة نهاراً ولا ينبغى أن يقيم

عند واحدة أكثر من الأخرى إلا إذا رضيت إحداهن بذلك . ولا يدخل على غير صاحبة الدور إلا لعذر كعيادتها إن مرضت – ولا فرق في هذا كله بين الجديدة والقديمة ، والبكر والثيب ، والمسلمة والكتابية ، والمريضة والصحيحة – وإذا سافر فله أن يسافر بمن شاء لأن السفر يحتاج إلى معونة قد تكون إحداهن أقدر عليها من الأخرى والأولى أن يعمل قرعة بينهن تطبيبا لقلوبهن .

والغرض من هذا أن لا يؤذى واحدة بإيثار الأخرى وأن يعمل ما فى وسعه ليرضين جميعا . وإذا كان العدل المطلق لا يستطاع فالعدل الممكن فى استطاعته . وإذا جار بينهن فى المعاملة فلمن يلحقها الضرر بهذا الجور أن تطلب طلاقها منه دفعا للضرر عن نفسها على ما عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية الآن . وأما على مذهب الحنفية فلها أن تطلب من القاضى تعزيره زجراً له .

حقوق الزوج على زوجته

الأصل الذى بنيت عليه حقوق الزوج على زوجته هو قوله تعالى فى سورة النساء : ﴿ **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم . فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله . واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** ﴾ فقوله سبحانه الرجال قوامون على النساء أثبت للأزواج حق الطاعة لأن القيم لا يكون قيما إلا إذا نفذت كلمته ووجبت طاعته . وقوله سبحانه : ﴿ **واللاتى تخافون نشوزهن** ﴾ الآية أثبت للأزواج ولاية التأديب .

(١) الطاعة إذا أعد الزوج لزوجته المسكن الشرعى المستكمل لحاجات معيشتها الخالى من أهلهما الذى تأمن فيه على نفسها ومالها وكان هو أمينا عليها وأوفاها معجل صداقها يجب عليها أن تقيم معه فى هذا المسكن وإذا خرجت منه تعد ناشزاً ، ويجب عليها أيضا أن تمتثل أمره إلا فيما نهى الله عنه . وأن تقر فى المسكن الذى أعده لها ولا تخرج منه بغير إذنه إلا لضرورة كزيارة أبويها فى كل أسبوع مرة ومحارمها فى كل سنة مرة ولا تبيت عند أحد منهم إلا بإذن زوجها كما لا تزور أى أحد آخر إلا بإذنه ولا تسمح بدخول أحد فى بيته إلا بإذنه . وإذا

كان أبوها مريضا واحتاج إليها وليس له من يقوم بشأنه غيرها وأبى الزوج أن يأذنها بالذهاب إليه فلها أن تذهب إلى أبيها المريض بغير إذنه ولا يعد هذا خروجا عن الطاعة الواجبة عليها لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند التعارض .

(٢) ولاية التأديب قال تعالى : ﴿ **واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** ﴾ فإن خالفت الزوجة فيما تجب عليها الطاعة فيه فلزوجها أن يؤدبها بادئاً بالموعظة الحسنة . ثم بالهجر فى المضجع بأن لا يبيت معها على فراش واحد . ثم بالضرب غير المبرح . وليس له أن يضربها ضربا أليماً مبرحاً لأى سبب فإن فعل فهو إضرار بها يستحق عليه التعزير على مذهب الحنفية . ويخول لها أن تطلب التفرقة على ما عليه العمل الآن ، وليس له أى ولاية على مالها فهو ملك خالص لها تتصرف فيه كما تشاء لا فرق بين مال زفت إليه به ومال تملكته بعد زفافها .

الحقوق المشتركة بين الزوجين

أما الحقوق المتبادلة بينهما فهى حرمة المصاهرة ، والتوارث ، وحل الاستمتاع . وحسن المعاشرة ؛ قال تعالى : ﴿ **ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم** ﴾ .

وقال رسول الله ﷺ فى خطبة يوم حجة الوداع :

« ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوار عندكم ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا . ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا فحقكم عليهن ألا يوطئن فراشكم من تكرهون ولا يأذنَّ فى بيوتكم لمن تكرهون وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن » .

وقال ﷺ : « أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً وخياركم خياركم لنسائهم » .

زواج المسلم بالكتابيات

بينا أنه يحل للمسلم أن يتزوج الكتابية التى تدين بدين إلهى وتؤمن برسول وكتاب منزل . وهذا الزواج مع إباحته مكروه كراهة التنزيه لأن الأصل أن تبادل المودة والرحمة والمعونة والمواساة على وجه الازدواج إنما يكون بين الزوجين المتحدين فى الدين ولذا قال فى الفتح « ويجوز للمسلم تزوج الكتابيات والأولى أن لا يفعل إلا للضرورة » ، وكل الشروط التى تشترط لانعقاد الزواج وصحته ونفاذه كما يجب توفرها فى عقد زواج المسلم بالمسلمة يجب توفرها فى عقد زواج المسلم بالكتابية . وجميع الأحكام والحقوق والواجبات التى تترتب على عقد زواج المسلم بالمسلمة تترتب على عقد زواج المسلم بالكتابية . فالكتابيتان المحرمتان لا يجوز للمسلم أن يجمع بينهما كالمسلمتين المحرمتين . والكتابية إن كانت كبيرة مكلفة تباشر عقد زواجها بنفسها كالمسلمة وإن كانت صغيرة أو فى حكمها لجنون أو عته يباشر عقد زواجها وليها المتحد معها فى الدين . وإذا تم عقد زواجها بالمسلم سواء أكان بمباشرتها أم بمباشرة وليها وجب لها من المهر ، والنفقة ، وعدم الإضرار بها . والعدل بينها وبين ضرائرها ما يجب للزوجة المسلمة . ووجب لزوجها المسلم عليها من الحقوق والواجبات ما يجب له على الزوجة المسلمة فعليها طاعته وله ولاية تأديبها بالمعروف ومنعها عن الخروج من بيته إلا بإذنه . وله أن يطلقها متى شاء وأن يتزوج عليها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا . وتثبت بينهما حرمة المصاهرة . ويجب لكل منهما على الآخر حسن المعاشرة ولا فرق بين المسلمة والكتابية إلا فى أمور .

(١) إن الزوجة المسلمة يشترط فى الشاهدين اللذين يحضران عقد زواجها أن يكونا مسلمين ولكن الزوجة الكتابية لا يشترط فى شاهدى عقد زواجها أن يكونا مسلمين بل يصح زواجها بشهادة المسلمين وبشهادة الكتابيين ولو كانا مخالفين لها دينا كما إذا كانت يهودية وشاهدا عقدها مسيحيان .

(٢) إن من أحكام زواج المسلم بالمسلمة ثبوت التوارث بينهما إذا مات

أحدهما والزوجية باقية ولكن زواج المسلم بالكتابية لا يثبت به التوارث إذا مات أحدهما وكل على دينه فلا يرث الزوج المسلم زوجته الكتابية إذا ماتت قبله ولا ترث الزوجة الكتابية زوجها المسلم إذا مات قبلها لأن اختلاف الدين من موانع الإرث على ما هو مبين فى موضعه .

(٣) الأولاد الذين يولدون للمسلم من زوجته الكتابية يكونون مسلمين تبعاً لدين أبيهم لا فرق بين ذكورهم وإناثهم ولا يتبع أحد منهم أمه فى دينها ويترتب على هذا أنهم يرثون أباهم ويرثهم أبوهم لاتحادهم وإياه فى الدين ولا يرثون أمهم ولا ترثهم أمهم لاختلافهم معها فى الدين وأما أولاد المسلم من المسلمة فيتوارثون مع أبويهم لاتحادهم جميعا فى الدين .

وإذا تزوج المسلم كتابية ثم انتقلت بعد الزواج من دينها السماوى إلى دين سماوى آخر كما إذا كانت يهودية فتنصرت استمر زواجها على صحته لأن دينها الذى انتقلت إليه يصح زواجها عليه ابتداء فيصح بقاءه لأن القاعدة أن ما لا يمنع ابتداء العقد لا يمنع بقاءه لكن إذا ارتدت عن دينها السماوى ولم تعتنق ديناً سماوياً آخر فهى لا دين لها ولا يحل زواجها بالمسلم ابتداء فلا يحل أن تبقى زوجة للمسلم فيبطل العقد ويجب التفريق بينهما إن لم يفترقا من تلقاء أنفسهما .

وزواج المسلم بالكتابيات فى مصر ليس للمأذون الشرعى أن يباشره . وإنما يباشره القاضى الشرعى بعد تحريات وإجراءات خاصة وقد وضعت لهذا الزواج وثيقة خاصة دون فيها أكثر حقوق الزوجية التى تقضى بها الشريعة الإسلامية . وعلى القاضى ألا يباشر العقد إلا بعد أن يفهم الطرفين أن الشريعة الإسلامية تقضى بهذه الأحكام وبعد تلاوتها عليهما وفهم كل منهما جميع ما اشتملت عليه وقبولهما المعاملة بمقتضاه وبمقتضى باقى أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالزوجية وحقوقها يجرى عقد الزواج بينهما .

وهذه هى الأحكام التى دونت فى الوثيقة المذكورة :

١ - إنه يجوز للزوج أن يتزوج بمثنى وثلاث ورباع فى آن واحد رغما عن معارضة الزوجة التى تكون فى عصمته متى لم يكن هناك مانع شرعى .

٢ – وله أن يطلق زوجته متى شاء قبلت ذلك الزوجة أو لم تقبل . وله أن يمنعها عن الخروج من منزله إلا بإذنه . وله أن يطلبها إلى مسكنه الشرعى ويلزمها طاعته جبراً على الوجه الشرعى .

٣ – طلاق الزوج لزوجته إن كان رجعياً فله الحق فى مراجعته إياها بدون رضاها مادامت فى عدته . أما إذا كان الطلاق بائناً فليس له مراجعتها إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين . وإذا كان الطلاق ثلاثا فلا تجوز له حتى تنكح زوجا غيره ثم يطلقها أو يموت عنها .

٤ – إذا طلق الزوج زوجته فإن كان سمى لها مهراً وكان الطلاق قبل الدخول بها فلا تستحق إلا نصف المهر المسمى . وإن كان الطلاق من بعد الدخول بها تستحق مهرها بتمامه . فإذا كان عجل لها منه شيئاً طالبته بباقيه . وإن لم يكن سمى لها مهراً وطلقها قبل الدخول بها فلا تستحق عليه سوى كسوة مبينة فى الشرع . وإن كان الطلاق بعد الدخول تستحق على الزوج مهر مثلها بحسب تقدير القاضى أو اتفاق الطرفين . كذلك تستحق نفقة العدة إن كان الطلاق بعد الدخول ولا تستحقها إن كان قبله وتقدير قيمتها يكون بمعرفة القاضى أو تراضى الطرفين .

٥ – إذا كان للزوجة من زوجها أولاد يكونون تابعين فى الدين لمذهب الزوج المسلم فإذا طلقها بائناً يكون لها الحق فى إرضاع أولادها بأجرة على والدهم وكذلك حضانة أولادها تكون من حقها بالقيمة التى يقررها القاضى الشرعى أو يتفق عليها الطرفان وتكون مدة الحضانة سبع سنين للابن وتسع سنين للبنت ما لم ير القاضى خلاف ذلك لمانع .

٦ – إن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث فلا يرث أحد الزوجين الآخر إذا مات .

زواج غير المسلمين بعضهم ببعض

المراد بغير المسلمين ما يشمل أهل الكتاب والمشركين وكل من لا يدينون بالإسلام . والأساس الذى بنى عليه الإسلام معاملة المسلمين لمن فى بلادهم من غير المسلمين أننا أمرنا بتركهم وما يدينون وعدم التعرض لهم فيما يعتقدون .

وعلى هذا الأساس كل زواج تم بين اثنين منهم صحيحا حسب دينهم لا يجوز للمسلم الاعتراض عليه ولا للقضاء الإسلامى التعرض له سواء أكانا من أهل الكتاب أم من المشركين أم من غيرهم وسواء أكان هذا الزواج صحيحا فى حكم الإسلام أم غير صحيح فى حكمه لفقده أى شرط من شروطه .

فلو تزوج اليهودى إحدى محارمه نسبا أو رضاعا أو مصاهرة . أو تزوج المسيحى بغير حضور شهود . أو تزوج المجوسى معتدة مجوسى آخر وكان ذلك كله جائزاً فى دينهم فهم وما يدينون ولا يجوز التعرض لهم فى زوجيتهم حتى لو اختصما إلينا فى بعض آثار هذه الزوجية كأن طلبت زوجة المسيحى من القاضى الشرعى الحكم لها على زوجها المسيحى بنفقة . أو طلب هو الحكم له عليها بالطاعة تسمع الدعوى ويقضى بالنفقة أو الطاعة ولو كانت الزوجية غير صحيحة فى حكم الإسلام مادامت صحيحة فى دينهم ولم يختصما إلينا فيها لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون . ولكننا نتعرض لهم ونمضى حكم الإسلام فى زوجيتهم فى حالات ثلاث .

الأولى : أن يختصما فى الزوجية ويترافعا إلينا طالبين حكم الإسلام فيها[1]

فحينئذ يفصل فى هذه الزوجية بما تقضى به الشريعة الإسلامية عملا بقوله تعالى : ﴿ **فإن جاءوك فاحكم بينهم بما أنزل الله** ﴾ ولأنهما بالترافع إلينا رضيا حكم شريعتنا وطلبا إمضاءه فى زواجهما .

فإذا ثبت أن الزواج المتنازع فيه بينهما كان حين عقده مستوفيا الشرائط الشرعية وصحيحا فى حكم الإسلام قضى القاضى بصحته لأن كل زواج صحيح بين المسلمين فهو صحيح بين غيرهم .

وإذا ثبت أنه كان حين عقده غير صحيح فى الإسلام لعدم حضور شهود أو لأن الزوجة حين العقد عليها كانت فى عدة كتابى كان زوجا لها من قبل قضى القاضى أيضاً بصحته مادام ذلك جائزاً فى دينهم لأنهما لما رضيا بحكم الإسلام لم يلتزما بمذهب معين من مذاهب أئمة المسلمين وما دام الزواج بغير حضور شهود صحيحاً فى بعض المذاهب الإسلامية وهو مذهب مالك لأن الشرط عنده إعلانه ولو بغير الشهود فإنه يقضى بصحته بينهم مادام متفقاً ودينهم .

وأما إذا ثبت أنه كان حين عقده غير صحيح فى الإسلام لكون الزوجة إحدى محارم الزوج بنسب أو رضاع أو مصاهرة أو لكونها كانت حين العقد عليها معتدة لمسلم فإنه يقضى ببطلانه وبالتفريق بينهما لأنه بإجماع أئمة المسلمين زواج غير صحيح فى حكم الإسلام فلا يقرهما عليه القضاء الشرعى .

الثانية : أن يكون فى زوجيتهما اعتداء على حق مسلم كما إذا كانت كتابية متزوجة بمسلم فطلقها فتزوجها كتابى وهى فى عدة المسلم فإن القاضى يفرق بينهما ولو لم يترافعا إلينا محافظة على حق المسلم .

الثالثة : أن يسلم الزوجان أو أحدهما .

فإن أسلما معا وكانت زوجيتهما مما يقرها الإسلام بأن كانت صحيحة فى حكمه لاستيفائها شروطه . أو غير صحيحة لعدم حضور شهود . أو لأن الزوجة حين العقد عليها كانت معتدة لغير مسلم يقران على زوجيتهما ولا يتعرض لهما . وإن كانت زوجيتهما مما لا يقرها الإسلام بأن كانت غير صحيحة لأن الزوجة إحدى محارم الزوج . أو لأنها حين العقد عليها كانت معتدة لمسلم فلا يقران على

زوجيتهما . وإن لم يفترقا من تلقاء أنفسهما يقضى بالتفريق بينهما ولو لم يترافعا إلينا لأنهما بإسلامهما التزما إمضاء حكم الإسلام عليهما وهذه زوجية لا يقرها الإسلام فيجب عليهما الافتراق وإلا فرق بينهما القضاء شأن كل مسلمين تعاشرا بزواج غير صحيح شرعا .

وإذا أسلم الزوج وحده وكانت زوجته كتابية فزواجها باق على حاله مادامت زوجيتهما مما يقرها الإسلام لأن زواج المسلم بالكتابية يحل ابتداء فيحل بقاء . وأما إذا أسلم وكانت زوجته غير كتابية بأن كانت مشركة فإنه يعرض عليها الإسلام فإن أبت أن تسلم أو تدين بأى دين إلهى فرق بينهما لأن زواج المسلم بغير الكتابية لا يصح ابتداء فلا يصح بقاء . وإن أسلمت أو اعتنقت أى دين سماوى فزواجهما باق على حاله مادام مما يقره الإسلام .

وإذا أسلمت الزوجة وحدها فسواء أكان الزوج كتابيا أم غير كتابى يعرض عليه الإسلام إن كان أهلا لعرض الإسلام عليه بأن كان بالغا عاقلا أو صبيا مميزا . أو معتوهاً مميزاً . فإن أبى أن يسلم فرق بينهما القضاء لأن المسلمة لا يصح أن تكون زوجة لغير مسلم . وإن أسلم فزواجهما باق على حاله مادام مما يقره الإسلام[1] .

وإن كان غير أهل لعرض الإسلام عليه بأن كان صغيرا غير مميز أو مجنونا ففى الصغير غير المميز ينتظر حتى يبلغ سن التمييز فإن صار مميزاً عرض عليه الإسلام كما تقدم . وفى المجنون يعرض الإسلام على أبويه فإن أسلم أحدهما تبعه ابنه واستمرت زوجيتهما مادامت مما يقرها الإسلام . وإذا أبى كل من أبويه الإسلام فرق القاضى بين الزوجين . وكذلك يفرق بينهما إذا لم يكن للمجنون أب ولا أم بعد أن يقيم وصيا للخصومة عن المجنون يكون حكم التفريق فى مواجهته .

---

(١) إذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غير المسلم غائباً غيبة منقطعة لا يدرى مكانه حكم بالتفريق بينها وبينه بدون عرض الإسلام عليه لانعدام الولاية التى تمكننا من عرض الإسلام عليه « اقرأ حكم محكمة الجمالية الشرعية فى مجلة القضاء الشرعى عدد ٢ سنة أولى » .

وإذا أسلمت وطلب زوجها للحضور لعرض الإسلام عليه ولم يحضر وتكرر ذلك منه اعتبر تخلفه المتكرر بعد طلبه إباء منه وفرق بينه وبين زوجته وقد صدرت بهذا عدة أحكام من المحاكم الشرعية .

وإنما فرق فى الحكم بين الصغير غير المميز وبين المجنون لأن بلوغ الصغير سن التمييز له أمد معلوم يمكن انتظاره . ولكن شفاء المجنون ليس له وقت معلوم وربما طال سنين عديدة فتتضرر الزوجة التى أسلمت فمنعا للضرر عنها يعرض الإسلام على أبوى زوجها المجنون فربما يكونان حريصين على بقاء الزوجية وتبعثهما أو أحدهما الشفقة الأبوية على الإسلام فيتبعه المجنون ويبقى الزواج .

الطـــــلاق

تعريفه : الطلاق فى اللغة رفع القيد الحسى أو المعنوى فكما يطلق على فك عقال البعير يطلق على إباحة إبداء الرأى ومثله الإطلاق ، فالطلاق والإطلاق فى اللغة يستعملان لحل القيد حسيا كان أو معنويا غير أن العرف قصر الإطلاق على رفع القيد الحسى وقصر الطلاق على رفع القيد المعنوى ففى العرف يقال : السجين مطلق سراحه ولا يقال طالق سراحه ويقال طلق الرجل زوجته ولا يقال: أطلقها ولهذا كان الإطلاق وما اشتق منه من الكنايات عن الطلاق لا من الصريح بحكم العرف وسيتبين هذا .

وأما الطلاق شرعا فهو حل رباط الزوجية الصحيحة . فى الحال أو المآل . بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة ، تصدر من الزوج ، أو من القاضى بناء على طلب الزوجة .

فإذا أراد أحد الزوجين التخلص من رابطة الزوجية لأسباب تحمله على ذلك فإن كان هو الزوج فله أن يستقل بحل هذه العقدة بعبارة تصدر منه مسندة إلى زوجته تدل على طلاقها منه ورفع القيد الذى يربطهما كأن يقول لها : أنت طالق أو زوجتى فلانة طالق . وإن كانت الزوجة فلها أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها للسبب الذى تستند إليه فى طلبها ومتى أثبتت سببا مسوغا شرعا لتطليقها حكم لها القاضى بما طلبت وطلقها من زوجها .

وإذا كان الطلاق الذى صدر من الزوج أو حكم به القاضى رجعيا لم تحل به عقدة الزواج فى الحال وإنما تحل به فى المآل أى إذا انقضت عدة المطلقة من غير أن يراجعها مطلقها فى أثنائها ، وإذا كان بائنا حلت به عقدة الزوجية فى الحال أى من حين صدوره بحيث لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين وبتراضيهما .

وقد تكون العبارة التى تصدر من المطلق صريحة فى دلالتها على معنى التطليق بحيث لا تحتمل معنى آخر مثل أنت طالق ، وقد تكون كناية عن الطلاق

بحيث تحتمله وغيره ولا تتعين له إلا بالقرينة مثل أنت بائن أو أنت مطلقة .

حكمة تشريعة : شرع الطلاق فى الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر الشقاء وأنه لا يمكن أن يتعاشر الزوجان بالمعروف ولا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية ، وواجباتها وذلك لأسباب عدة :

منها أن الزوجين قد يتبين لهما بعد المعاشرة الزوجية أن بينهما تبايناً فى الأخلاق وتنافراً فى الطباع وأن ما بذلاه من البحث والتحرى فى وقت الخطبة لم يظهر الحقيقة التى أظهرتها المعاشرة الزوجية وأنهما مع هذا التباين والتنافر لا يتبادلان مودة ولا رحمة ولا يقوم واحد منهما بحقوق الزوجية وواجباتها . فلرفع الحرج عنهما فتح الله لهما بابا للخلاص من هذا الشقاء والتباغض ليستبدل كل منهما زوجا آخر قد يأتلف به ويتبادل معه المودة والرحمة ، وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته .

ومنها أنه قد يتحقق الزوجان أن أهم مقاصد الزواج وهو التوالد والاستمتاع الجنسى لا توصل إليه هذه الزوجية لأن بعض النساء قد تكون عقيما مع زوج وولودا مع آخر وكذلك بعض الأزواج قد يولد له من زوجة ولا يولد له من أخرى وكم زوجين عاشا عقيمين فلما افترقا ولد له من زوجته الأخرى وولد لها من زوجها الآخر ، وكذلك الشهوة الجنسية قد تكون مفقودة لبعض النساء وغير مفقودة لأخرى فمن الحكمة أن شرع الله سبيلا لتخلص مثل هذين الزوجين من زوجية لا تحقق أغراضها .

ومنها أن الزوج قد يرتاب فى زوجته أو يجد فيها من العيوب الخِلْقِيَة أو الخُلقية مالا يستطيع معه المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية .

ومنها أن الزوجة قد تجد من زوجها ما يحملها على حل العقدة التى تربطهما كأن يمرض بداء عضال لا يمكن البرء منه ولا معاشرته معه . أو يضارها بأقواله أو أفعاله أو أخلاقه . أو يكيدها بعدم الإنفاق عليها . أو يعسر عن نفقتها أو يغيب عنها المدة الطويلة بلا عذر .

فلا ريب فى أنه قد تدعو الحاجة القاهرة إلى حل عقدة الزواج وأن الحاجة قد تبعثهما معاً على الرغبة فى الطلاق وقد تحمل أحدهما . فلو لم يشرع الله سبيلا لحل عقدة الزواج عند الحاجة القاهرة لنال بعض الأزواج حرج وكانت بعض الزوجيات مصدر شقاء دائم ، مع أن الله شرع الزواج ليكون مصدر معونة متبادلة ورحمة ومودة .

وإنما أباح الله لكل واحد من الزوجين أن يحل عقدة الزواج وحده ولم يلزم تراضيهما وتوافق إرادتهما عليه كما لزم تراضيهما على عقده لأن الحاجة الملجئة إلى الطلاق قد تدعو أحدهما إلى الخلاص ويتعنت الآخر ولا يوافقه فزوجة المسلول تريد الخلاص من زوجيته وهو لا يرضى . وزوج المريبة يريد الخلاص من زوجيتها وهى لا ترضى . فلهذا لا يشترط تراضيهما على إيقاع الطلاق بل لكل منهما الانفراد به .

وإنما شرع للزوج أن يستقل بحل رباط الزوجية ويطلق بنفسه ولم يكن للزوجة أن تحل رباط زوجيتها إلا بواسطة القضاء لسببين :

الأول : إن المرأة فى الغالب سريعة الانفعال شديدة التأثر تدفعها انفعالاتها إلى أبعد مدى فلو كان حل العقدة الزوجية بيدها كانت هذه الرابطة مهددة بالحل وعرضة للخطر بأوهى الأسباب ، ولا ينقض هذا أن من النساء من هن ذوات عقل وأناة وقدرة على ضبط أنفسهن حين الغضب وأن من الرجال من يغلب عليهم الحمق ويخضعون لسلطان الغضب لأن التشريع يبنى على الغالب وما هو الشأن فى الرجال والنساء ولا يبنى على الآحاد والجزئيات .

السبب الثانى : أن الطلاق يلزم الأزواج حقوقاً مالية لأنه يحل به المؤجل من الصداق وتلزمه نفقة العدة ويضيع عليه ما أنفقه من مهر ونفقة ويحتاج إلى بذل مال جديد لإيجاد زوجية جديدة وهذه التبعات المالية التى تترتب على الطلاق من شأنها أن تحمل الرجل على التروى فى إيقاعه ، وأما الزوجة فلا يستحق عليها بالطلاق حق مالى يحملها على التروى فى إيقاعه .

وإنما شرع على ثلاث دفعات لتكون الأولى والثانية بمثابة إنذارين لتنبيه

الزوج إلى أن يجرب نفسه ويروضها على الصبر والاحتمال ، وتنبيه الزوجة إلى أن تحسن العشرة وتجتنب ما يدعو إلى الفرقة حتى إذا لم يفد الإنذار بعد الإنذار ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس فى زوجيتهما خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

فالحقيقة أن الإسلام شرع الطلاق ليكون وسيلة إلى الخلاص من زوجية لا خير فى بقائها ولا يمكن معها أداء حقوق ولا واجبات وشرع إيقاعه على سنن يكفل تدارك الخطا فيه . ولو آن الناس ساروا على سنن الشرع ولم يتعدوا حدود الله وراعوا أن الطلاق أبغض الحلال إلى الله ولم يلجأوا إليه إلا للضرورة وأوقعوه على سننه المشروع ما كان هذا النظام موضع شكاية ولا مبعث شقاء للأسرة الإسلامية . لأن الأصل فيه الحظر وإباحته للضرورة والواجب أن تقدر الضرورة بقدرها .

من يقع منه الطلاق : الذى يقع طلاقه هو الزوج ، العاقل ، البالغ المختار اختياراً صحيحاً . الذى يعى ما يقول سواء كان صحيحاً أو مريضاً .

فإذا توفرت فى الزوج هذه الشروط فهو أهل لإيقاع الطلاق وإذا صدر الطلاق منه أو من رسوله أو وكيله وصادف محله وقع وانحل به رباط الزوجية .

أما غير الزوج أو رسوله أو وكيله فلا يملك إيقاع الطلاق فليس للولى أن يطلق زوجة موليه وليس للسيد أن يطلق زوجة عبده لأن الطلاق حق شخصى للزوج لا يملكه غيره إلا بتوكيل منه أو تفويض .

وأما غير العاقل وهو المجنون والمعتوه ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته فلا يقع طلاق واحد منهم لعدم أهليتهم لإيقاعه لأنه تصرف لا يصح شرعا إلا من كامل العقل الذى يقدر المصلحة من إيقاعه .

وأما غير البالغ سواء كان صبياً مميزاً أو غير مميز فلا يقع طلاقه لأنه من التصرفات الضارة التى لا يكون الصبى أهلا لها حتى يبلغ الحلم ويتم ببلوغه عقله .

وأما غير المختار وهو المكره على الطلاق فلا يقع طلاقه لأنه ما صدر منه عن إرادته والعبرة للقصد ، لا اللفظ . لأن المكره لم يكن الباعث له على إيقاع الطلاق إرادته ورأيه وإنما حُمل عليه بإرادة المكره ورأيه فهو خضوعاً لهذا الباعث الخارجى وتوقيا من الخطر المهدد به أوقع طلاقا لا يريده فاختياره أهون الشرين اختيار غير صحيح وهو كعدمه .

وكذلك من لا يعى ما يقول وهو السكران والنائم لا يقع طلاق واحد منهما لأنه لا إرادة له .

وكان العمل جاريا على وقوع طلاق المكره والسكران إذا سكر بشرب محرم باختياره طبقا لمذهب الحنفية حتى صدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ونص فى المادة -١- منه على أنه لا يقع طلاق السكران والمكره ، وهذا هو مذهب مالك والشافعى وأحمد وعليه عمل المحاكم الشرعية المصرية .

قال فقهاؤنا ويقع طلاق المحجور عليه للسفه وهو الذى يبذر فى ماله ويصرفه فى غير مصلحة لعدم رشده ، والهازل وهو الذى يلعب باللفظ ولا يقصد معناه ولا ترتيب حكمه عليه ، والمخطىء وهو من أراد التكلم بغير الطلاق فسبق لسانه إلى الطلاق ، والغافل والساهى وهو من صدر منه اللفظ غافلا عن أن معناه الطلاق لأن كل واحد من هؤلاء عاقل بالغ مختار يعى ما يقول فيعامل بما يصدر منه . والسفه والهزل والخطأ والغفلة لا ينقص الأهلية ولا يعدمها .

ولكن فى إيقاع الطلاق من كل واحد من هؤلاء نظر لأنه لا يتفق مع الحكمة التى من أجلها شرع الطلاق . فالسفيه ليس أهلا للتصرف فى قليل ماله ولا كثيره لعدم رشده الذى يدل على اضطراب عقله وضعف إرادته فكيف يكون أهلاً للتصرف فى عصمة زوجته وهى أولى بالاحتياط للتصرف فيها . على أن تطليقه لا يخلو من تبعات مالية ليس هو أهلا لالتزامها لأنه يحل عليه مؤجل الصداق وتلزمه نفقة العدة ويضحى ما انفق فى زوجيته التى حلها بطلاقه .

وكل من الهازل والمخطىء والغافل والناسى لم يرد واحد منهم الطلاق ولم يقصد إيقاعه وإنما جرى لفظه على لسانه لعبا أو خطأ أو نسيانا والعبرة للإرادة

والقصد لا لمجرد حركة اللسان ولذا قال رسول الله ﷺ : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان . وما استكرهوا عليه » ولما لاحظ فقهاءالحنفية هذا قالوا : من نطق بالطلاق خطأ يعامل به قضاء فقط . وأما ديانة أى فيما بينه وبين ربه فلا يقع عليه طلاق وزوجته حلال له .

من يقع عليها الطلاق : بما أن الطلاق حل رباط الزوجية الصحيحة فهو لا يقع إلا على الزوجة القائمة زوجيتها الصحيحة حقيقة ، والمعتدة من طلاق رجعى ، والمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، والمعتدة من فسخ الزواج بسبب إباء الزوجة المشركة الإسلام إذا أسلم زوجها . وبسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام ، وذلك لأن الزوجة حال قيام الزوجية قبل وقوع أى فرقة الرابطة بينها وبين زوجها متحققة بثبوت الملك والحل معا فهى محل لوقوع الطلاق عليها . ومثلها المعتدة من طلاق رجعى . وأما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى فملكها زال ولكن حلها باق وأثر الزوجية وهو العدة باق فهى محل لوقوع الطلاق عليها .

أما الأجنبية التى لم يربطها بالرجل عقد الزواج أصلا ، والتى ارتبطت به بعقد زواج غير صحيح شرعا ، والتى طلقت وزال أثر زوجيتها بانقضاء عدتها . والمعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى ، والمعتدة من فسخ الزواج بسبب غير السببين السابقين كالفسخ بخيار البلوغ . أو لنقصان المهر عن مهر المثل[1] فليست واحدة منهن محلا لوقوع الطلاق عليها فلو قال الرجل لواحدة منهن : أنت طالق فهو قول لغو بحيث لو عقد عليها ملك ثلاث طلقات .

وبما أن المطلقة قبل الدخول تبين ولا عدة عليها فتكون أجنبية من مطلقها بمجرد الطلاق فلا تكون محلا لطلاقه بعد ذلك لأنها لا هى زوجته ولا معتدته .

---

(١) فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج . أو لنقصان المهر عن مهر المثل . أو بخيار البلوغ . أو بسبب ظهور عدم صحة العقد لفقد شرط من شروط يرجع كله إلى نقض العقد من أصله فلا تكون المعتدة منه محلا للطلاق لأن الطلاق رفع القيد الثابت بالعقد الصحيح وأما فسخ الزواج بسبب ردة أحد الزوجين أو إباء الزوجة الإسلام فهو لطارىء طرأ يمنع بقاء العقد بعد أن وقع صحيحا ولهذا فرق بين الفسخ بهذين السببين والفسخ بغيرهما .

وعلى هذا لو قال الزوج لزوجته المدخول بها حقيقة : أنت طالق . أنت طالق . أنت طالق . وقعت عليها بثلاث طلقات لأن الأولى صادفتها والزوجية قائمة حقيقة . والثانية والثالثة صادفتاها وهى فى العدة فكانت محلا لوقوع الطلقات الثلاث فوقعن لأن كل جملة من هذه الثلاث صيغة تامة لإنشاء الطلاق صدرت مرة بعد مرة من زوج أهل لإيقاعه وصادفت محلا لوقوعه .

أما لو قال لزوجته غير المدخول بها حقيقة : أنت طالق . أنت طالق . أنت طالق وقعت بالأولى فقط طلقة بائنة لأنها صادفتها والزوجية قائمة . أما الثانية والثالثة فهما لغو لا يقع لإيقاع شيء لأنهما صادفتاها وهى ليست زوجته ولا معتدته .

وقد أوجبت المادة ٣٢ من لائحة المأذونين على من يباشر إشهاد الطلاق أن يذكر فى إشهاد الطلاق تاريخ الزواج والجهة التى حرر فيها والذى باشره وإلا وجب قيد تصادق على الزوجية أولا ثم إثبات الطلاق بعد ذلك ، والغرض من هذا التحقق قبل إيقاع الطلاق من أن المطلقة محل لوقوعه .

ما يقع به الطلاق : يقع الطلاق بكل لفظ يدل على حل عقدة الزوجية من أى لغة ، وبما يقوم مقام اللفظ من كتابة وإشارة .

فاللفظ قد يكون صريحا إذا كان يفهم منه عند النطق به معنى الطلاق ولا يستعمل عرفا إلا فيه . مثل أنت طالق ومطلَّقة وكل مشتقات الطلاق والتطليق وكل لفظ استعمله الناس لرفع قيد الزواج مثل علىَّ الحرام .

وقد يكون كناية إذا كان يحتمل معنى الطلاق وغيره ولم يتعارف فى الاستعمال قصره على معنى الطلاق مثل أنت بائن – أنت على حرام – أمرك بيدك ، لأن بائن يحتمل البينونة عن العصمة والبينونة عن الشر . وحرام يحتمل حرمة المتعة بها وحرمة إيذائها ، وأمرك بيدك يحتمل تمليكها عصمتها وتمليكها حرية التصرف فى شأنها وهكذا كل لفظ كنائى .

والصريح يقع به الطلاق بدون توقف على نيته لأنه ظاهر الدلالة ومعناه متعين وغير محتاج إلى نية تبين المراد منه . حتى لو قال الناطق باللفظ الصريح لم أنو

به الطلاق وإنما نويت معنى آخر لا يصدق قضاء ويقع عليه الطلاق . وأما الكناية فلا يقع الطلاق بها إلا بنيته لأن اللفظ يحتمل معنى الطلاق وغيره والذى يعين إرادة الطلاق به هو نية المطلق حتى لو قال الناطق بالكناية لم أنو الطلاق وإنما نويت معنى آخر يصدق قضاء ولا يقع عليه الطلاق .

وهذا هو الذى عليه العمل الآن وهو مذهب مالك والشافعى وهو المنصوص عليه فى المادة – ٤ – من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها « كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيرها لا يقع بها الطلاق إلا بالنية » .

وعلى مذهب أبى حنيفة يقع الطلاق بها بالنية أو دلالة الحال فعنده تقوم قرينة الحال مقام النية وعلى ما عليه العمل لابد من النية حتى لو قال الناطق بالكناية لم أنو الطلاق لا يقع مهما كانت الحال .

ويقوم مقام اللفظ الكتابة ولو كان الكاتب قادراً على النطق فمن أراد أن يطلق زوجته فله أن يشافهها به وله أن يكتبه إليها .

والكتابة المستبينة المرسومة كألفاظ الصريح يقع بها الطلاق بدون توقف على نية ، والكتابة المستبينة غير المرسومة كألفاظ الكنايات لا يقع الطلاق بها إلا بالنية .

والكناية غير المستبينة لا عبرة بها ولا يقع بها طلاق .

والمراد بالمستبينة البين أثرها بحيث تقرأ فى صحيفة ونحوها ، وغير المستبينة ما لا يبين لها أثر كالكتابة فى الهواء أو على الماء .

والمراد بالمرسومة المكتوبة برسم الزوجة وعنوانها الخاص بها كأن يكتب إلى زوجتى فلانة أما بعد أن علمت من أمرك ما علمت فأنت طالق – وغير المرسومة مالم تكن لعنوان خاص كأن توجد ورقة مكتوب فيها بخطه فلانة طالق وفلانة اسم زوجته ولا يدرى أن كانت هذه العبارة كتبها لإيقاع الطلاق أو لتجربة قلم أو مداد فلا بد من النية ليتعين المقصود .

ويقوم مقام اللفظ أيضا إشارة الأخرس المعهودة فى الدلالة على قصده لإيقاع الطلاق . والراجح أنه لا يقع طلاقه بالإشارة إلا إذا كان لاعرف الكتابة أما إذا كان قادراً على الكتابة فلا يكتفى بالإشارة لأن الكتابة أدل على المراد والإشارة أداة تفهيم يكتفى بها للضرورة ومع القدرة على الكتابة لا ضرورة .

ويشترط لوقوع الطلاق أن يكون لفظه مضافاً أى مسنداً إلى الزوجة إضافة حقيقية أو معنوية فالإضافة الحقيقية مثل أنت طالق أو زوجتى فلانة طالق ، والإضافة المعنوية مثل علىّ الطلاق على رأى من يوقع به لأن معناه يلزمنى طلاقك .

عدد الطلقات : يعتبر عدد الطلقات بالزوجات لا بالأزواج فإذا كانت الزوجة حرة ملك عليها زوجها ثلاث طلقات سواء كان هو حراً أو عبداً .

وإذا كانت الزوجة أمة ملك عليها زوجها طلقتين سواء كان هو حراً أو عبداً .

قال الله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ إلى أن قال : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** ﴾ دلت هذه الآية على أمرين :

أحدهما أن عدد الطلقات ثلاث فقط لأنها رتبت على كل مرة من المرتين إمساكاً بمعروف أو تسريحاً بإحسان والإمساك بالمعروف يكون بالرجعة فى العدة . والتسريح بالإحسان يكون بتركها حتى تنقضى عدتها ورتبت على الثالثة أنها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فدل هذا على أنه بالثالثة انتهى ملكه وحله فليس له إلا ثلاث طلقات .

ومقتضى إطلاق الآية أن لا يفرق بين الحرة والأمة ولكن الحديث المشهور وهو قوله ﷺ : « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » قيد إطلاق الآية ودل على أنها خاصة بالحرة فعدد الطلقات ثلاث للحرة وهو ثابت بالقرآن وثنتان للرقيقة وهو ثابت بالسنة .

ثانيهما أن هذه الطلقات الثلاث لا تقع إلا مرة بعد مرة ولا تقع دفعة واحدة لأن معنى قوله الطلاق مرتان التطليق مرة بعد مرة وعلى هذا لو أوقع الثلاث مرة واحدة لا تقع الثلاث وإنما تقع طلقة واحدة فلو قال لزوجته أنت طالق ثلاثا . أو بالثلاث . أو هكذا وأشار بأصابعه الثلاث لا تقع إلا واحدة والعدد لغو وهذا هو ما عليه العمل الآن وهو الوارد بالمادة -٣- من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ونصها « الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة » وهذا مخالف لمذاهب الأئمة الأربعة وموافق لمذاهب أئمة آخرين من فقهاء الصحابة ومجتهدى المسلمين وفى الأخذ به صيانة لرابطة الزوجية من العبث وحمل الأزواج على اتباع السنن المشروع لإيقاع الطلاق مرة بعد مرة .

أحوال صيغة الطلاق : الطلاق من الإسقاطات كالعتق والإبراء وهى يصح تعليقها على الشرط وإضافتها إلى الزمن المستقبل ، ولا كذلك الزواج فهو من التمليكات كالبيع والهبة وهى لا يصح تعليقها على الشرط ولا إضافتها إلى الزمن المستقبل .

وعلى هذا فالطلاق إما منجز وهو ما كانت صيغته غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن مستقبل وقصد به إيقاع الطلاق فوراً مثل أنت طالق . أنت حرام ، وحكم هذا أنه متى صدر من أهل لإيقاعه وصادف محلا لوقوعه وقع فى الحال وترتبت عليه آثاره بمجرد صدوره .

وإما مضاف إلى زمن مستقبل وهو ما كانت صيغته مقرونة بوقت مستقبل قصد إيقاع الطلاق حين حاوله مثل أنت طالق غدا أو أول الشهر المقبل . وحكم هذا أنه متى صدر من أهله وصادف محله انعقد فى الحال سببا للطلاق ولكنه لا يقع ولا تترتب عليه آثاره إلا حين حلول الزمن المضاف إليه الطلاق فلا يقع على زوجته الطلاق إلا إذا جاء الغد أو أول الشهر المعين بشرط آن تكون حين حلول الوقت المضاف إليه لا تزال محلا لوقوع الطلاق عليها حتى يصادف الوقوع محله .

وإما معلق وهو كانت صيغته معلقا فيها حصول الطلاق على حصول شىء آخر بأداة من أدوات التعليق مثل إن خرجت من منزلى بغير إذنى فأنت طالق ، وحكم هذا أنه إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشىء أو

تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه فهو لغو لا يقع به الطلاق وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله مثل إن مرضت بالسل فأنت طالق فهذا يقع به الطلاق عند وجود الشرط المعلق عليه[1] .

وقد يكون الطلاق على صيغة اليمين أى مقصوداً به تقوية العزم على فعل شيء مستقبل أو تركه أو تقوية تصديقه فى الإخبار عن شيء مضى . مثل عليَّ الطلاق لأسافرن غداً أو لا أسافر غداً أو ما سافرت أمس ، وحكم هذا الطلاق الوارد على صيغة اليمين أنه لغو لا يقع به شيء لأنه ليس الغرض به حل قيد الزواج بل حمل نفسه على فعل أو ترك أو حمل مخاطبه على شيء .

فالمنجز ، والمضاف إلى زمن مستقبل ، والمعلق الذى لا يقصد به مجرد التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، يقع بها الطلاق إما فوراً ، أو حين حلول الزمن ، أو عند وجود الشرط .

وأما المعلق المقصود به الحمل على فعل شيء أو تركه ، واليمين . فهما لغو لا يقع بواحد منهما الطلاق .

وهذا هو الجارى عليه العمل الآن وهو الوارد بالمادة -٢- من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها « لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير » .

والتعليق المقصود به حصول الطلاق عند حصول المعلق عليه إنما يصح ويترتب عليه وقوع الطلاق بشرطين الأول أن يكون المعلق عليه معدوما وقت التعليق على خطر التحقق فى المستقبل لأنه إن كان محققا وقت التعليق كان تعليقا

---

(١) وكون التعليق مقصوداً به مجرد التخويف والتهديد والحمل على فعل شيء أو تركه أو مقصودا به حل رابطة الزوجية إذا حصل المعلق عليه . يرجع فى بيانه إلى قصد المطلق وإلى مادة صيغة الطلاق لأن مثل قوله : إن مات ابنى فأنت طالق لا يحتمل قصد الحمل على فعل شيء أو تركه كما يحتمله قوله : إن زرت فلانة فأنت طالق .

صوريا وكانت الصيغة منجزة ووقع بها الطلاق فى الحال مثل قوله : إن كانت الشمس طالعة فانت طالق والحال أنها طالعة .

وإن كان مستحيلا تحققه فهو لغو لا يقع به طلاق مثل قوله إن دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق لأن الغرض من مثل هذا القول المبالغة فى نفى الطلاق لا إيقاع الطلاق .

الشرط الثانى أن يحصل التعليق ويوجد الشرط المعلق عليه والمرأة محل لوقوع الطلاق عليها بأن كانت زوجة أو معتدة لغير بائن بينونة كبرى . فمن قال لأجنبيه منه : إن مات أبوك فأنت طالق ثم تزوجها ثم مات أبوها لا يقع عليها الطلاق المعلق لأنها وقت التعليق لم تكن محلا له . ومن قال لزوجته : إن مات أبوك فأنت طالق ثم نجز عليها طلاقا وبعد انقضاء عدتها منه مات أبوها لا يقع عليها الطلاق المعلق لأنها وقت وجود الشرط لم تكن محلا له فلابد أن تكون المعلق طلاقها محلا للطلاق وقت انعقاد السبب وهو وقت التعليق ووقت ترتب الحكم وهو وقت وجود الشرط .

متى يقع الطلاق رجعيا ومتى يقع بائناً

الطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على طلب الزوجة يكون رجعيا فى حالة واحدة وهى ما إذا كان سببه عدم إنفاق الزوج على زوجته ، أو عسره .

ويكون بائنا فيما عدا ذلك من الأحوال التى يوقع فيها القاضى الطلاق كالتطليق للضرر وللعيب وللمرض ولغيبة الزوج أو سجنه على ما سيبين بعد .

وأما الطلاق الذى يوقعه الزوج فيكون كله رجعيا إلا فى حالات ثلاث : الطلاق قبل الدخول حقيقة ، والطلاق فى مقابلة مال ، والطلاق المكمل للثلاث ، فكل طلاق من الزوج رجعى إلا فى هذه الثلاث ولا فرق بين صريح اللفظ وكنايته إلا فى أن الصريح لا يحتاج الوقوع به إلى نية والثانى يحتاج إليها وذلك لأن الله تعالى قال : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ فدلت هذه الآية على أن الطلاق المشروع مرة بعد مرة ورتبت عقب

الطلاق فى كل مرة حقا للزوج فى إمساك زوجته بمعروف . وامساكها بالمعروف يكون بمراجعتها فى عدتها وإنما يكون له هذا الحق فى مراجعتها إذا كان الطلاق رجعيا . فالطلاق المشروع هو الرجعى مرة بعد مرة وهذا معنى قول الفقهاء الطلاق شرع معقبا للرجعة . واستثنيت الحالات الثلاث التى وقع الطلاق فيها بائنا بالنص .

أما الطلاق قبل الدخول حقيقة فلقوله تعالى فى سورة الأحزاب : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا** ﴾ وإذا كانت المطلقة قبل الدخول بها لا عدة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعياً لأن المراجعة لا تكون إلا فى العدة وبما أنه لا عدة عليها فلا مراجعة لها فطلاقها بائن ، والمطلقة بعد الخلوة طلاقها بائن أيضا والعدة الواجبة عليها للاحتياط لا للمراجعة .

وأما الطلاق فى مقابل مال فلقوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ **فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ سمى الله سبحانه إعطاء الزوجة مالا لزوجها فى مقابل طلاقها افتداء . والافتداء إنما يتحقق بخلاصها منه والخلاص إنما يتحقق بالبائن . ولأن الزوجة إذا طلبت من زوجها أن يطلقها فى مقابلة أن تعطيه مائة جنيه أو أن تبرئه من مؤخر صداقها أو من نفقة عدتها فإنها إنما تلتزم بالعوض لتتخلص لها عصمتها فإذا طلقها فى مقابل ما التزمت به استحق هو العوض وبانت هى منه لأن خلاص عصمتها لها لا يكون إلا بالبائن .

وأما الطلاق المكمل للثلاث فلأن الله سبحانه بعد أن رتب على الطلاق فى كل مرة من المرتين الأوليين الإمساك بالمعروف رتب على الطلاق فى المرة الثالثة نفى حلها له حتى تنكح زوجا غيره فقال سبحانه : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** ﴾ فدل على أن الطلاق فى المرة الثالثة تبين به المطلقة ، وتحرم به على مطلقها حرمة مؤقتة .

فكل طلاق من الزوج يكون رجعيا إلا فى هذه الحالات الثلاث فإنه يكون بائنا .

وكل طلاق من القاضى بناء على طلب الزوجة يكون بائنا إلا فى حالة واحدة وهى ما إذا كان سبب التطليق عدم الإنفاق فإنه يكون رجعيا فلو أيسر الزوج واستعد للاتفاق فله مراجعتها مادامت فى العدة .

وهذا هو الجارى عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية المصرية وهو مذهب مالك والشافعى وهو الوارد فى المادة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها « كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث . والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » .

وأما مذهب الحنفية الذى كان عليه العمل قبل هذا القانون فكل طلاق من الزوج يقع رجعيا إلا فى سبع حالات الطلاق قبل الدخول . والطلاق على مال ، والطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق الموصوف بوصف يدل على البينونة مثل أنت طالق طلقة شديدة أو بائنة أو لا رجعة فيها ، والطلاق المقرون بأفعل تفضيل يدل على البينونة مثل أنت طالق أشد الطلاق أو أكبره أو أسوأه . والطلاق المشبه بما يدل على البينونة مثل أنت طالق طلقة كالجبل أو كأشد ما يكون من الطلاق . والطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات إذا اقترنت به النية أو دلالة الحال مثل أنت بائن أو خلية أو برية أو بتة ، ففى هذه الحالات السبع يكون الطلاق بائنا عند الحنفية ودليلهم على وقوعه بائنا فى الحالات الثلاث الأولى هو ما قدمناه من نصوص القرآن . ودليلهم على وقوعه بائنا فى الحالات الأربع الباقية أن المطلق استعمل لإيقاع الطلاق صيغة لا تدل على الرجعى لأن اللفظ الذى عبر به أو الوصف الذى وصف به أو التشبيه الذى شبه به ينافى الرجعى وبما أن الطلاق يتنوع إلى رجعى وبائن وهو استعمل صيغة لا تحتمل الرجعى فيتعين البائن .

ولكن ما عليه العمل الآن هو الذى تدل عليه نصوص القرآن والمطلق لا يملك تغيير المشروع . والمشروع هو الطلاق الرجعى إلا فيما استثنى فكل لفظ أو وصف أو تشبيه يقصد به تغيير المشروع فهو لغو وكأن الصيغة صدرت غير مقرونة به فيقع به الطلاق على ما شرع وهو الرجعى .

حكم الطلاق : أما حكمه بمعنى وصفه الشرعى من الحظر أو الإباحة فقال بعض العلماء إنه مباح لأن الله سبحانه فى عدة آيات نفى الجناح والإثم

عن المطلق فقال : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ﴾ ولأن الأصل فى ما شرع الإباحة ، والذى حققه الكمال ابن الهمام أن الأصل فيه الحظر ولا يباح إلا للضرورة وذلك لأنه قطع لرابطة الزوجية التى ارتبط بها الزوجان تحقيقا لعدة مصالح دينية ودنيوية وأداء لما طلبه الشارع على سبيل الندب أو الوجوب . وكل ما فيه تضييع للمصالح وتفويت للواجب أو السنة فهو محظور ولكن لما كانت الحاجة قد تدعو إلى ارتكاب هذا المحظور اتقاء لما هو شر منه أباحه الشارع عند تحقق الحاجة إلى الخلاص لأن الضرورات تبيح المحظورات[1] .

---

(١) وعلى هذا الاختلاف اختلفت وجهة نظر المحاكم الأهلية فى قضايا التعويض التى ترفع إليها من بعض المطلقات للحكم لهن بتعويض عما لحقهن من الضرر بسبب الطلاق .

ففى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ فى القضية رقم ١٢٨١ سنة ١٩٢٥ حكمت الدائرة المدنية التجارية بمحكمة مصر الابتدائية الأهلية حضوريا بإلزام المطلق بأن يدفع للمطلقة تعويضا قدره ألف جنيه ومؤخر صداقها وقدره مائة جنيه والمصاريف وأتعاب المحاماة .

ومما جاء فى أسباب حكمها أنه « قد تعترى الزوجية أمور تكون فوق طاقة الزوجية وأهلهما فقضت حكمة المولى جل شأنه وجود مشروعية الطلاق فهو إذاً حق مشروع ولكن للضرورة وليس من المروءة والإنسانية ولا من الإيمان أن يتزوج شخص بامرأة ولغير سبب يطلقها فهو باستعماله ذلك الحق الذى أعطى له قد أساء إلى الحق وإلى نفسه وإلى غيره وليس لصاحب الحق قانوناً أن يسىء إلى الغير باستعماله ما خول له من الحقوق » وأنه « وإن كانت المحكمة لا تنازع فى أن المدعى عليه له الحق فى الطلاق فى أى وقت يشاء ولكنها تتفق مع فقهاء الشرع الشريف فى أنه يجب ألا يساء استعمال ذلك الحق الممقوت وليس أدل على ذلك من قوله سبحانه : ﴿ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ .

وفى ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ فى القضية رقم ٤٠٨ حكمت محكمة استئناف مصر العليا برفض دعوى طالبة التعويض عن طلاقها .

ومما جاء فى أسباب حكمها « أن الطلاق مباح فلا يترتب عليه فى الشريعة الإسلامية أية مسئولية إلا الحقوق التى يخولها الشرع للمطلقة من حيث المهر ونفقة العدة حتى لو كان الطلاق بلا سبب . فليس على المطلق من حرج إلا أن يكون مبغوضا من الله كمن يرتكب معصية دينية لأن الحقوق التى بين الإنسان وربه لا يسأل عنها فى الدنيا ولكن يسأل عنها فى الآخرة » .

أقول : والذى يؤخذ من نصوص الشريعة أن من أوقع الطلاق لغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً وإثمه دليل على أنه أساء استعمال الحق الذى جعله له الشارع ولم يستعمل حقه على وجهه المشروع وإذا كان إثمه دليلا على اساءته استعمال الحق فكل مطلق أثم شرعا بإيقاع طلاقه فهو مسىء استعمال حقه فإذا ترتب ضرر للمطلقة يلزم بتعويض هذا الضرر أما إذا طلق لحاجة إلى الخلاص . أو لم يترتب للمطلقة ضرر فلا تعويض .

وقد يكون الطلاق واجباً إذا فات الإمساك بالمعروف ولم يمكن أن يقيم الزوجان حدود الله سواء كان بسبب من قبله أو من قبلها . وقد يكون مندوبا إليه إذا كانت الزوجة مؤذية أو ترتكب ما نهى الله عنه أو لا تطيعه فيما يجب عليها طاعته فيه . وقد يكون حراما إذا كان لغير حاجة تدعو إليه أو كان طلاق البدعة ولم يكن على السنة .

والفرق بين طلاق السنة وطلاق البدعة أن طلاق السنة هو ما كان على سنن الطلاق المشروع من جهة كيفية إيقاعه والحال التى تكون عليها الزوجة وقت وقوعه . فالسنن المشروع لإيقاعه مبين فى قوله تعالى : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ أى التطليق المشروع مرة بعد مرة يعقب كل مرة حق الزوج فى الرجعة . والسنن المشروع لحال الزوجة وقت وقوعه عليها مبين فى قوله تعالى فى سورة الطلاق : ﴿ **يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن** ﴾ أى طلقوهن وهن مستقبلات لاعتدادهن بأن يكن طاهرات فى طهر لم تحصل فيه مباشرة لأنها إن طلقت وهى حائض فستنتظر حتى تطهر من حيضها وتتم مدة طهرها ثم تبتدىء عدتها من الحيضة التالية ، وإن طلقت فى طهر حصل فيه وقاع فلا يدرى أن كانت حملت أو لا ولا يعلم بم تعتد . ففى الحالين لا تستقبل عدتها إثر طلاقها ، فطلاق السنة أن يطلقها واحدة رجعية فى طهر لم يمسها فيه .

وطلاق البدعة ما لم يكن على هذا السنن المشروع بأن يطلقها أكثر من واحدة دفعة واحدة أو يطلقها وهى حائض أو فى طهر قد مسها فيه .

ومذهب الحنفية أن من طلق طلاق البدعة فهو آثم لمخالفته السنن المشروع ولكن طلاقه واقع ولا تنافى بين أن يكون فى الفعل آثم وبين أن يترتب أثره عليه كالصلاة فى ثوب مغصوب فيها إثم الغصب وتجزى عن الفرض ، والبيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة فيه الإثم بمخالفة قوله تعالى وذروا البيع ويفيد التمليك . هذا هو حكم الطلاق من حيث حظره وإباحته وندبه ووجوبه .

وأما حكمه بمعنى أثره المترتب عليه فإنه يختلف باختلاف نوع الطلاق

الواقع وذلك لأن الطلاق إما رجعى وهو الطلاق فى غير حالة من الحالات الثلاث التى بيناها وإما بائن بينونة صغرى وهو البائن غير المكمل للثلاث . وإما بائن بينونة كبرى وهو المكمل للثلاث ويسمى أيضا الطلاق البت . ولكل نوع من هذه الثلاثة حكم أى أثر يترتب عليه .

فأما الطلاق الرجعى فهو الطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته التى دخل بها حقيقة إيقاعاً مجرداً عن أن يكون فى مقابلة مال ، ولم يكن مسبوقاً بطلقة أصلا أو كان مسبوقاً بطلقة واحدة . وحكمه سواء أكان أول الطلقات أم ثانيها أنه يترتب عليه أثران . أولهما نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته بمعنى أنه متى وقعت طلقة رجعية فإن كانت الأولى لم يبق للزوج إلا طلقتان وإن كانت الثانية لم تبق له إلا واحدة . والمراجعة لا تمحو هذا الأثر .

وثانيهما : تحديد الرابطة الزوجية بانقضاء العدة بعد أن كانت غير محددة بمعنى أنه إذا وقع الرجعى وانقضت العدة من غير مراجعة بانت الزوجة بانقضاء العدة .

وهو لا يرفع قيد الزوجية ولا يزيل ملكا ولا حلا بمعنى أنه لا يزيل ملك الاستمتاع الثابت بالزواج ولا يجعل المطلقة محرمة بسبب من أسباب التحريم على مطلقها فيحل له الاستمتاع بها ويصير بذلك مراجعا . وإذا مات أحدهما قبل انقضاء العدة ورثه الآخر ، ونفقتها واجبة عليه ، ولا يحل به مؤخر الصداق المؤجل لأحد الأجلين الموت أو الطلاق وإنما يحل بانقضاء العدة ، والسبب فى هذا كله أن الطلاق الرجعى لا يرفع قيد الزواج . والزوجية بعده لا تزال قائمة وللزوج مراجعة زوجته مادامت فى العدة ، فهو ينعقد سببا للفرقة ولكن لا يترتب عليه مسببه مادامت المطلقة فى العدة فإذا انقضت العدة من غير مراجعة ترتب أثره وبانت منه .

والرجعة هى استدامة الزواج القائم وإلغاء عمل السبب الذى حدد الزوجية بانقضاء العدة . وهى حق للزوج مادامت مطلقته رجعياً فى العدة لقوله تعالى بعد أن قال والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء : ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك** ﴾ أى وأزواجهن أحق بإرجاعهن إلى عصمتهم فى ذلك الوقت الذى

تربصنه . ولكونها حقاً جعله الشرع للزوج لا يملك إسقاطه فلو قال لا رجعة لى فله الرجعة ، ولا يشترط لصحتها رضا الزوجة ولا علمها ، ولا حضور شهود لها ، وإنما ينبغى له أن يشهد عليها خشية أن تنكرها الزوجة بعد انقضاء عدتها فيعجز عن إثباتها وينبغى له أن يعلمها بها حتى لا تتزوج بغيره بعد انقضاء مدة العدة ظناً منها أنها بانت بانقضائها ، وكما تكون بأى قول يصدر منه يدل على معناها مثل راجعتك أو راجعت زوجتى تكون بالفعل وهو الوقاع ودواعيه التى توجب حرمة المصاهرة سواء كانت منه أو منها ، ويشترط فى الرجعة بالقول أن تكون منجزة لا معلقة على شرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل لأنها كالزواج من بعض الوجوه ، والزواج لا يقبل الإضافة إلى الزمن المستقبل . ولا التعليق على شرط غير محقق فى الحال .

وإذا انقضت عدة المطلقة رجعياً بانت ولا تصح مراجعتها . بل لابد لإعادة زوجيتها من عقد ومهر جديدين ، وأقل مدة تصدق فيها الزوجة أن عدتها انقضت ستون يوماً لأنها تحتاج إلى ثلاث حيض كاملة يتخللها طهران فللحيضات الثلاث ثلاثون يوماً بمراعاة أكثر مدة للحيض وهى عشرة أيام وللطهرين ثلاثون يوماً بمراعاة أقل مدة للطهر وهى خمسة عشر يوماً . فإذا مضى عليها من تاريخ طلاقها ستون يوماً فأكثر وادعت انقضاء عدتها صدقت بيمينها ولا تصح الرجعة بعد ذلك وإذا مضى عليها من تاريخ طلاقها أقل من ستين يوماً لا تصدق فى دعواها انقضاء عدتها وتصح مراجعتها .

وإذا اختلف الزوجان فى أصل الرجعة فادعى الزوج أنه راجعها وأنكرت الزوجة دعواه فإن كان هذا النزاع والزوجة لا تزال فى العدة فالقول للزوج لأنه يخبر عن أمر يملك إنشاءه فى الحال فلا معنى لتكذيبه فيه . وإن كان هذا النزاع بعد انقضاء العدة فالبينة على مدعى الرجعة وهو الزوج فإن لم تكن له بينة فالقول للزوجة بلا يمين .

وإذا اختلف الزوجان فى صحة الرجعة فادعى الزوج أنها صحيحة لأنها وقعت قبل انقضاء العدة وأنكرت هى صحتها لأنها وقعت قبل انقضاء العدة فالقول للزوجة بيمينها إذا كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه

انقضاء عدتها يحتمل ذلك بأن كان ستين يوماً فأكثر .

وأما الطلاق البائن بينونة صغرى فهو طلاق الزوج لزوجته قبل الدخول الحقيقي بها ، أو طلاقه إياها في مقابل مال تفتدى به نفسها ولم يكن مسبوقاً بطلقة أصلا أو كان مسبوقاً بطلقة واحدة ، وحكمه سواء أكان أول الطلقات أم ثانيها أنه يترتب عليه نقص عدد الطلقات ، وإزالة قيد الزوجية في الحال بمعنى أنه بمجرد صدوره يزيل ملك الاستمتاع الذى كان ثابتاً بالزواج ولا يعود هذا الملك إلا بعقد ومهر جديدين بتراضي الزوجين في العدة وبعدها ولكنه لا يزيل الحل بمعنى أن المطلق بائنا بينونة صغرى يحل له أن يعقد على مبانته في العدة وبعدها بدون حاجة إلى زوج آخر يحلها له لأنها بالبينونة الصغرى لم يقم بها سبب من أسباب التحريم المؤبدة أو المؤقتة .

وإذا كان البائن بينونة صغرى يرفع قيد الزواج بمجرد صدوره فلا يحل لأحد الزوجين الاستمتاع بالآخر ولا الخلوة به وتكون منه بمنزلة الأجنبية وإن مات أحدهما في العدة أو بعدها فلا يرثه الآخر إلا في حالة الفرار كما سيجيء . ويحل به مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق .

وأما الطلاق البائن بينونة كبرى فهو ما كان مكملا للثلاث . وحكمه أنه يزيل في الحال بمجرد صدوره الملك والحل معا فلا يملك المطلق المتعة بمطلقته وتصير من المحرمات عليه مؤقتا حتى تتزوج زوجا غيره بزواج شرعي صحيح نافذ . ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا ثم يطلقها وتنقضي عدتها منه لقوله تعالى : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره . فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله** ﴾ .

ولا توارث بينهما إذا مات أحدهما سواء كانت العدة باقية أو انقضت ويحل به مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق لانقطاع رابطة الزوجية به في الحال .

فيؤخذ مما تقدم أن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل . وأن البائن بينونة صغرى لا يزيل الحل ويزيل الملك . وأن البائن بينونة كبرى يزيل الملك والحل معا .

بناء على هذا لو راجع الزوج زوجته بعد أن طلقها رجعيا أو عقد عليها عقداً جديداً بعد أن بانت منه بينونة صغرى تعود إليه بما بقى له من الطلقات لأن الحل الأول مازال وكأنه هو الذى عاد فيعود بما بقى من عدد الطلقات أما لو بانت بينونة كبرى ثم تزوجها غيره وبعد أن طلقها عقد عليها زوجها الأول تعود إليه بحل جديد ويملك عليها ثلاث طلقات لأن الزوج الثانى أنهى الحل الأول فالعقد الجديد أنشأ حلا جديداً كامل عدد الطلقات .

هذا متفق عليه ، والصورة المختلف فيها هى ما إذا بانت منه بينونة صغرى وانقضت عدتها ثم تزوجها غيره وبعد أن طلقها عقد عليها زوجها الأول . فالشيخان يقولان تعود إليه بحل جديد لأن زواجها بالثانى قطع الحل الأول وأنهاه فتعود بحل مبتدأ كالبائنة بينونة كبرى . ومحمد يقول : تعود إليه بما بقى لأن الحل الأول لا يزيله إلا الزوج الثانى بعد الطلاق الثلاث كما هو نص الآية ، والراجح قول الشيخين . وهذه المسألة هى التى يعبر عنها الفقهاء بمسألة الهدم أى هل الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث من الطلقات كما يهدم الثلاث أولا .

طلاق المريض مرض الموت

مرض الموت هو المرض الذى يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج البيت . ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل البيت أى يعجز كلا منهما عن القيام بما من شأنه أن يقوم به ، ويغلب فيه الهلاك ، ويتصل به الموت .

فإن كان المرض لا يعجز أحدهما عن ذلك . أو كان يعجزهما ولا يغلب فيه الهلاك . أو لم يتصل به الموت بأن برىء المريض منه لا يعتبر مرض موت وتكون التصرفات فى أثنائه كتصرفات الصحيح . فلابد لاعتباره مرض الموت من تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به .

وألحق بمرض الموت وجود الإنسان السليم فى حالة يغلب خوف هلاكه فيها ويتصل بها الموت كمن قدم لتنفيذ حكم إعدامه أو خرج من صف القتال ليبارز أو كان فى سفينة اشتدت بها العاصفة وتلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها

فهؤلاء وأمثالهم أصحاء ولكنهم إذا تصرفوا أثناء هذه الحال الخطرة . ثم اتصل بها الموت تعتبر تصرفاتهم كتصرفات المريض مرض الموت . وإذا تقادم المرض المعجز بأن مضت على المريض سنة فأكثر ولم تتغير حاله فتصرفاته بعد السنة كتصرفات الصحيح فإذا ازداد ما به من مرض ثم اتصل الموت به فتصرفاته بعد الزيادة تصرفات المريض مرض الموت .

فمن كان مريضا مرض الموت أو ملحقا به بأن كان فى حال يغلب فيها خوف الهلاك وطلق امرأته بائنا وهو كذلك ، بلا رضاها ، ومات فى مرضه أو فى حالته الخطرة بهذا السبب أو بغيره ، والزوجة لا تزال فى العدة فإن الطلاق البائن يقع على زوجته . وتبين منه من حين صدوره . ولكنها ترثه بشرط أن تكون أهلا لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت موته .

وإنما وقع عليه الطلاق لأنه أهل لإيقاعه لأن الصحيح والمريض سيان فى أهليتهما لايقاع الطلاق ، وإنما ورثته مع أن المطلقة بائنا لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق لأنه لما أبانها فى مرضه أو فى حالته الخطرة اعتبر للاحتياط فاراً وهارباً من أن ترثه فيرد عليه قصده السيىء ويثبت لها الإرث .

فلو طلقها المريض رجعيا لا يعتبر فاراً لأنها ترثه فى عدة الرجعى على كل حال ، ولو طلقها بائنا برضاها لا يعتبر فاراً ولا ترثه . وكذلك لا ترثه إذا مات بعد انقضاء عدتها لأنه لم تبق بينهما أية صلة . ولا ترثه أيضاً إذا قام بها مانع من إرثه كاختلافهما دينا سواء قام بها المانع وقت الإبانة أو وقت الموت أو فيما بين ذلك فالشرط لإرثها أن تستمر أهليتها لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت موته .

وإذا حصل سبب الفرقة من قبل الزوجة وهى مريضة مرض الموت أو ملحقة بها بأن كانت فى حالة يغلب فيها خوف الهلاك كأن اختارت نفسها بالبلوغ . أو فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة مع أحد أصوله أو فروعه وماتت وهى فى العدة فإن الزوج يرثها لأنها تعتبر للاحتياطات هاربة وفارة من إرثه فيرد قصدها السيىء عليها ، كم يرد قصده السيىء عليه .

ويراعى أن طلاق الفار على ما عليه العمل الآن من أن الطلاق لا يكون بائنا إلا فى ثلاثة أحوال إنما يتصور فيما إذا كان الطلاق الصادر منه فى مرضه أو فى حالته الخطرة مكملا للثلاث والزوجة مدخول بها لأنه هو الذى تتحقق فيه الشروط السابقة أما لو أبانها بالطلاق قبل الدخول فإنه لا عدة عليها ولا ترث على أى حال . ولو أبانها بالطلاق على مال فإنه يكون برضاها وبقبولها التزام المال . وكذلك يتصور فيما إذا فعل وهو مريض ما يوجب التفريق كأن اختار نفسه بالبلوغ . أو فعل بأصولها أو فروعها ما يحرم المصاهرة ، ولم يشترط لتحقق الفرار أن يكون المطلق طائعاً مختاراً لأنه لو كان مكرها لا يقع طلاقه أصلا على ما عليه العمل الآن . وأما على مذهب الحنفية فيشترط لاعتبار المطلق فاراً أن يكون قد أبانها طائعاً مختاراً فلو طلقها مكرها وقع الطلاق ولا يعتبر فاراً ولا ترث منه .

تفويض الطلاق إلى الزوجة

قدمنا أن الطلاق حق يملكه الزوج . وكل من ملك حقا كان له أن يباشره بنفسه وأن ينيب عنه غيره فى مباشرته . فإذا أناب الزوج عنه غيره فى تطليق زوجته كان هذا توكيلا ، وإذا أناب عنه زوجته فى تطليق نفسها منه كان هذا تفويضاً .

فالتفويض هو تمليك الزوج زوجته أن تطلق نفسها منه سواء أكان هذا التمليك حين عقد الزواج أى مقترنا بإيجابه وقبوله أم بعده أى فى أثناء قيام الزوجية .

وهذا التفويض ليس تمليكا من كل وجه ، ولا توكيلا من كل وجه . بل يخالف التمليك فى بعض أحكامه ويخالف التوكيل فى بعض أحكامه .

فهو يخالف التمليك فى أن التفويض لا يسلب المفوِّض حق التصرف فيما فوض فيه فللزوج أن يطلق زوجته بعد أن يفوض إليها تطليق نفسها مع أن المملك بعد التمليك لا يملك التصرف فيما ملكه غيره لانتهاء حقه فيه . كالبائع والواهب لا يملك واحد منهما التصرف فيما باعه أو وهبه ، ويخالفه فى أن التفويض يتم من

جانب الزوج وحده ولا يتوقف تمامه على قبول الزوجة مع أن التمليك لا يتم إلا بالايجاب والقبول من المملك والمملك فلو رجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر صح لأنه لما يتم العقد . ويخالفه فى أنه يبقى إلى ما بعد مجلس الإيجاب إذا كانت الزوجة غائبة مع أنه فى التمليكات لابد من القبول فى مجلس الإيجاب حتى إذا كان الإيجاب والقبول ليسا فى مجلس واحد لا يتم عقد التمليك[1] .

ويخالف التوكيل فى أن المفوض ليس له حق الرجوع عن التفويض ، ولا عزل زوجته عنه مع أنِ الموكل له الرجوع عن الوكالة وعزل الوكيل وفى أن التوكيل لو صدر بصيغة مطلقة لا يتقيد الوكيل بالتصرف فيما وكل فيه بمجلس التوكيل مع أن المفوض إليها بصيغة مطلقة تتقيد بالمجلس .

فإعطاء الزوج زوجته الحق فى أن تطلق نفسها هو تمليك خاص يشبه التوكيل من بعض الوجوه .

صيغة التفويض : سواء كان التفويض حين عقد الزواج أو بعده فى أثناء الزوجية فإن صيغته تكون بعبارة من ثلاث ، أن يجعل لها اختيار نفسها . بأن يقول لها لك أن تختارى نفسك ، أو يجعل أمرها بيدها بأن يقول لها جعلت أمرك بيدك ، أو يجعل لها أن تطلق نفسها بأن يقول لها لك أن تطلقى نفسك .

ولابد من مراعاة أمرين : الأول أنه إذا كان التفويض بعبارة من هذه الثلاث فى حين عقد الزواج أى مقترنا بالإيجاب والقبول فلا يصح إلا إذا كان البادىء بالإيجاب المقترن بشرط التفويض هو الزوجة كأن تقول امرأة لرجل زوجت نفسى منك على أن يكون أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد فيقول لها قبلت . فبهذا القبول يتم الزواج ويصح التفويض ويكون لها الحق فى أن تطلق نفسها كلما أرادت لأن قبوله ينصرف إلى الزواج . ثم إلى التفويض .

---

(١) نص الفقهاء على أن التمليك إذا كان لغائب فمجلس الايجاب هو مجلس وصول الكتاب به أو الرسول إلى الغائب . وعلى هذا تملك المفوض إليها إيقاع الطلاق فيه لأنه هو فى الحقيقة مجلس التفويض . فمجلس التفويض هو مجلس صدور الإيجاب للحاضرة ومجلس العلم للغائبة .

أما إذا كان البادىء بالإيجاب المقترن بالتفويض هو الزوج كأن يقول رجل لامرأة تزوجتك على أن تكون عصمتك بيدك تطلقين نفسك كلما أردت فتقول قبلت فبهذا يتم الزواج ولا يصح التفويض ولا يكون للزوجة أن تطلق نفسها . والفرق أنه فى الصورة الأولى قبل الزوج التفويض بعد تمام العقد فيكون قد ملَّك التطليق بعد أن ملكه بتمام عقد الزواج . وأما فى الثانية فإنه ملك التطليق قبل أن يملكه لأنه ملكه قبل تمام عقد الزواج إذ لم يصدر إلا الإيجاب وحده .

الأمر الثانى : أن العبارتين الأوليين من عبارات التفويض الثلاث وهما جعله لها أن تختار نفسها وجعله أمرها بيدها هما من كنايات الطلاق فلا يثبت التفويض بهما إلا إذا نوى تفويض الطلاق – والعبارة الثالثة وهى جعله لها أن تطلق نفسها هى من الصريح لا يتوقف ثبوت التفويض بها على النية .

وسواء أكان التفويض إليها بالصريح أم بالكناية فإنها إذا طلقت نفسها بمقتضى هذا التفويض أولى الطلقات أو الثانية وكانت مدخولا بها حقيقة تقع عليها طلقة رجعية وان كانت غير مدخول بها حقيقة تقع عليها طلقة بائنة لأن المفوض لو طلق بعد الدخول بلفظ صريح أو كناية يقع طلاق رجعى ولو طلق قبل الدخول يقع طلاق بائن فهى تملك بالتفويض ما يملكه هو لأنها تستمد الحق منه .

وكل عبارة من عبارات التفويض الثلاث سواء كانت حين العقد أو بعده قد تكون مقرونة بما يدل على التعميم وعدم تقييد التفويض بوقت كأن يجعل لها أن تختار نفسها متى شاءت أو يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها كلما أرادت . وفى هذه الحال للزوجة أن تطلق نفسها فى أى وقت سواء أكانت حاضرة حين التفويض لها أم غائبة لأنه ملكها هذا الحق تمليكا عاما فتملكه ملكا عاما فى أى وقت شاءت .

وقد تكون العبارة مقرونة بما يدل على توقيت التفويض بوقت معين كأن يجعل لها أمرها بيدها مدة سنة معينة أو يجعل لها أن تطلق نفسها مادام مسافراً . وفى هذه الحال للزوجة أن تطلق نفسها فى الوقت المعين فقط وأما بعد مضيه فلا حق لها فى التطليق وحتى لو كانت غائبة حين التفويض ولم تعلم به إلا بعد فوات وقته المعين ليس لها أن تطلق نفسها لأن مالك الحق ملكه إياها على وجه خاص فلا تملكه فى غيره .

وقد تكون عبارة التفويض مطلقة عن قيد يدل على التعميم وعن التوقيت بزمن معين كأن يجعل لها أمرها بيدها أو أن تختار نفسها أو تطلق نفسها ولم يزد على الصيغة شيئا ، وفى هذه الحال للزوجة أن تطلق نفسها فى مجلس التفويض فقط إن كانت حاضرة فيه وإن كانت غائبة عنه كان لها ذلك الحق فى مجلس علمها به فقط حتى لو انتهى أو تغير مجلس التفويض . أو مجلس العلم ولم تطلق نفسها لم يكن لها هذا الحق بعد ذلك لأن الصيغة مطلقة فتنصرف إلى المجلس فإذا فات فلا تمليك[1] .

الخُلـــع

تعريفه : الخلع هو حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع أو ما فى معناه . فى مقابلة عوض تلتزم به الزوجة كأن يقول الزوج لزوجته خالعتك على مائة جنيه فتقول قبلت . فبمجرد قبولها تطلق بائنا وتلزمها المائة وتترتب سائر أحكام الخلع التى ستبين بعد . فلا يتحقق الخلع شرعا وتترتب عليه أحكامه إلا إذا استعمل لفظ الخلع أو ما فى معناه وكان فى مقابلة مال . فإذا قال لها خلعتك ولم يذكر عوضا فحكم هذا حكم ما إذا قال لها أبنتك أو خلصتك أو حرمتك أو أى لفظ من ألفاظ الكنايات إن نوى به الطلاق وقعت طلقة رجعية على ما عليه العمل الآن ولا يلزمها مال ولا تترتب أحكام الخلع . وإن لم ينو الطلاق لا يقع شيء . وإذا حل عقدة الزوجية فى مقابلة مال لكن لا بلفظ الخلع أو ما فى معناه كأن قال لها أنت طالق أو خالصة على مائة جنيه فقالت قبلت . فبمجرد قبولها تطلق بائنا

---

(١) صدر من بعض المحاكم الشرعية المصرية الجزئية حكم بنى على أن التفويض إذا كان فى حين عقد الزواج وبصيغة مطلقة لا يتقيد بالمجلس وللزوجة أن تطلق نفسها متى شاءت وإلا خلا التفويض من الفائدة ، وأيد هذا الحكم استئنافياً .

وهذا الحكم ظاهره مخالف لما ذكر من أن صيغة التفويض المطلقة تفيد التمليك فى المجلس إلا أن يقال أن التفويض إذا كان فى حين عقد الزواج فهو مقترن بقرينة حالية تدل على التعميم إذ لا يعقل أن يقصد المفوض تمليكها تطليق نفسها فى نفس مجلس زواجها فالصيغة بدلالة الحال تفيد التعميم وهم لم يشترطوا أن يدل على تعميم التفويض دليل لفظى فيشمل دلالة الحال ودلالة اللفظ فتكون الصيغة المطلقة حين العقد فى معنى صيغة التفويض المقرونة بما يفيد التعميم فهى مطلقة لفظاً فقط . ولكنها تفيد التعميم بقرينة الحال .

وتلزمها المائة ولا تترتب سائر أحكام الخلع فلفظ الخلع مجرداً عن العوض إذا نوى به الطلاق كلفظ الطلاق مجرداً عن العوض يقع به طلاق رجعى . ولفظ الخلع أو ما فى معناه فى مقابلة عوض هو الخلع الشرعى الذى تترتب عليه أحكامه . ولفظ الطلاق فى مقابلة مال هو طلاق بائن يجب به المال على الزوجة .

شرطه : وشرطه أن يكون الزوج المخالع أهلا لإيقاع الطلاق والزوجة محلا لوقوعه لأنه كما تبين من تعريفه نوع من الطلاق على مال .

صفته : وصفته أنه من جانب الزوج يمين . ومن جانب الزوجة معاوضة ومعنى هذا أن الزوج يقصد منه تعليق طلاقها على قبولها إعطاءه البدل فهو منه بمنزلة تعليق الطلاق على قبولها والتعليق يمين ، والزوجة تقصد افتداء نفسها وتخليص عصمتها بالبدل الذى تدفعه فهو منها بمنزلة مبادلة ومعاوضة – ويترتب على هذا أنه تراعى فيه أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها ويتبين ذلك فيما يأتى :

١ – إذا ابتدأ الزوج بالخلع فقال لها خلعتك على عشرين جنيها لا يملك الرجوع عن هذا الإيجاب قبل قبولها ولا يبطل إيجابه بقيامه أو قيامها من المجلس قبل القبول لأن اليمين تلزمه بمجرد صدورها . ولكن إذا ابتدأت الزوجة بالخلع فقالت له اختلعت نفسى منك على عشرين جنيها أدفعها لك فلها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبوله ويبطل إيجابها بقيامها أو قيامه من المجلس قبل قبوله لأن المعاوضة مالم تتم بالإيجاب والقبول فى المجلس فالموجب فى حل من إيجابه .

٢ – وكذلك للزوج المخالع أن يعلق الخلع على شرط . وأن يضيفه إلى زمن مستقبل كأن يقول إن سافرت فقد خلعتك على عشرين جنيها أو خلعتك على عشرين جنيها فى آخر هذا الشهر لأنه من جانبه يمين واليمين تقبل التعليق والإضافة إلى زمن مستقبل فلو قبلت الزوجة حين وجود الشرط المعلق عليه أو حلول الوقت المضاف إليه وقع الطلاق ولزمها المال وترتبت آثار الخلع . ولكن ليس للزوجة أن تعلق الخلع على الشرط أو تضيفه إلى الزمن المستقبل لأنه من جانبها تمليك والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة .

٣ - وكذلك يشترط فى الزوجة أن تكون فى إيجابها الخلع أو قبولها له راضية غير مكرهة عليه وأن تكون عالمة بمعناه لأن شرط صحة المعاوضات التراضى والعلم بمعنى عباراتها ، ويصح لها أن تشترط الخيار لنفسها فى إيجابه أو قبوله مدة معينة لأن المعاوضات يصح شرط الخيار فيها وأما الزوج فلكونه يمينا من جانبه لا يصح شرط الخيار له لا فى إيجابه ولا فى قبوله على مذهب الحنفية يعتبر منه تعليقا صحيحا ولو كان مكرها عليه لأن يمين المكره عندهم متعقدة .

أحوال صيغته : إذا خالعها بقوله خلعتك بلا ذكر بدل ، كان هذا كقوله خلصتك ، لا يتوقف وقوع الطلاق به على قبولها بل إن نوى الطلاق وقع وإن لم ينوه لم يقع فهو منجز من ألفاظ الكنايات .

وإذا خالعها بقوله خلعتك على عشرين جنيه توقف وقوع الطلاق على قبولها لأنه كما تقدم بمنزلة طلاق معلق على شرط فلا يقع إلا عند قبولها دفع البدل . وإذا خالعها بصيغة المفاعلة أو بصيغة الأمر بأن قال لها خالعتك أو اختلعى فسواء ذكر مالا مع صيغة منهما أو لم يذكر مالا لا يقع الطلاق إلا بقبولها ، أما فى حالتى ذكر المال فالعلة واضحة لأنه علق خلعها على قبولها المال وأما فى حالتى عدم ذكر المال فلأن الصيغة نفسها وهى المفاعلة أو الأمر تقتضى لزوم قبولها لأن المفاعلة تقتضى المشاركة وهى لا تتم بعبارة واحدة والأمر بمنزلة التفويض إليها فما لم تقبل فهى لم تباشر ما فوض إليها فلا يقع طلاق .

بدله : وبدل الخلع يصح من كل ما يصح تسميته مهراً أى من كل مال معلوم متقوم فى حق الزوجين . وليس له نهاية صغرى ولا نهاية كبرى بل يصح الخلع ببدل قليل أو كثير سواء كان دون المهر الذى تزاوجا به أو مساويا له أو أكثر منه . فالبدل الذى يتراضى عليه الزوجان أيا كان قدره يكون ملكا للزوج ملزمة به الزوجة لأن الله تعالى قال : ﴿ **فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ أى فلا جناح ولا إثم على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت .

ففى القضاء يملك الزوج البدل بالغا قدره ما بلغ لأنه أسقط حقه فى مقابل

عوض التزمت به الزوجة برضاها وهى أهل لالتزامه ولا فرق بين أن يكون النشوز الذى أدى إلى الاختلاع من جهة الزوج أو من جهة الزوجة أو منهما ، وإما ديانة فإذا كان النشوز من جانب الزوج وهو الذى رغب فى الفرقة ليستبدل زوجة مكان زوجة فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً فى مقابل طلاقها لها قليلا ولا كثيراً حتى لا يجمع عليها بين إيحاشها بفرقة ليست هى الباعثة عليها وبين أخذ بدل منها وهذا صريح قوله تعالى فى سورة النساء : ﴿ **وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا . أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا** ﴾ .

وإذا كان النشوز منهما أو منها وحدها فلا جناح ولا إثم على الزوج فى أن يأخذ منها عوضا لقوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ **ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله . فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ . ولكن لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه لها مهرا لما روى أن جميلة بنت عبد الله بن أبى كانت زوجة ثابت بن قيس بن شماس وكانت تبغضه وهو يحبها فأتت رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله لا أنا ولا ثابت لا يجمع رأسى ورأسه شىء والله ما أعيب عليه فى دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الإسلام . ما أطيقه بغضا . وكان قد أصدقها حديقة فقال أتردين عليه حديقته قالت نعم وزيادة فقال الرسول أما الزيادة فلا . فاختلعت منه بمهرها فقط .

فإذا أخذ أى عوض فى الحال الأولى أو أخذ زيادة عما أمهرها فى الحال الثانية فلا يطيب له ما أخذ ويملكه ملكا خبيثا .

ويصح أن يكون بدل الخلع إرضاع الطفل مدة الرضاعة كأن يقول لها : خالعتك على أن ترضعى ابنى منك مدة السنتين بلا أجر فتقول : قبلت لأن الرضاعة منفعة متقومة يُستحق فى مقابلتها المال فعليها أن ترضعه بغير أجرة المدة المحددة حتى لو لم ترضع لوفاة الطفل أو هربها أو وفاتها كان له الرجوع بقيمة الرضاعة عن المدة أو ما بقى منها .

ويصح أن يكون بدل الخلع نفقة ابنه الصغير منها كأن يقول لها : خالعتك على أن تنفقى على ابنى من الآن حتى يبلغ سبع سنين فتقول : قبلت فيلزمها الإنفاق عليه فى المدة المحدودة حتى إذا لم تقم بالإنفاق بسبب وفاة الولد أو وفاتها أو امتناعها كان له أن يرجع عليها بمثل نفقته فى المدة أو ما بقى منها ويصح أن يكون بدل الخلع حضانة ابنه منها مدة حضانته بلا أجر لأن حضانتها الصغير فى مدة الحضانة منفعة متقومة يستحق فى مقابلتها المال كإرضاعه وإذا لم تقم بحضانته لوفاته أو وفاتها أو خروجها عن أهلية الحضانة أو امتناعها رجع عليها بقيمة الحضانة فى المدة أو فيما بقى منها .

ولا يصح الخلع على أن تمسك الصغير عندها بعد تجاوز سن الحضانة إلى أن يبلغ الحلم لأن ذلك تراض على إضاعة حق الصغير لأن الشارع مراعاة لمصلحته جعل الحق فى إمساكه بعد تجاوز سن الحضانة للأب لا للأم فالتراضى على أن يكون إمساك للأم لا للأب غير صحيح كما إذا تراضيا على أن يكون الصغير أو الصغيرة فى مدة الحضانة بيد الأب لا الأم . أما إذا اختلعت على إمساك بنتها عندها إلى أن تبلغ الحلم فلها ذلك لأنه ليس فيه إضرار بالبنت .

وهذا هو الوارد بالمادة ٢٨٧ من كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم محمد قدرى باشا . ولكن الظاهر أن لا يفرق بين البنت والغلام فالاتفاق على إمساك أحدهما بعد تجاوزه سن الحضانة إلى بلوغ الحلم بيد الأم يكون باطلا كالاتفاق على إمساكهما مدة الحضانة بيد الأب لأن الشرع جعل لكل مدة يدا بلا فرق بين بنت وغلام وقت الخلع لكل واحد من الزوجين قبل الآخر .

حكمه : وحكمه أنه متى تحقق معناه الشرعى بأن كان بلفظ الخلع أو مافى معناه فى مقابلة بدل وقبلت الزوجة ترتبت عليه آثار ثلاثة : وقوع طلاق بائن لأن الطلاق فى مقابلة المال بائن . ولزوم المال فى ذمة الزوجة لأن الزوج علق طلاقه على قبولها هذا الالتزام وقد رضيت به . وسقوط كل حق ثابت مما يتعلق بالزواج الذى وقع الخلع منه . فيسقط ما للزوجة من مهر لم تقبضه ونفقة متجمدة لم تستوفها استحقهما من هذا الزواج . ويسقط ما للزوج من نفقة عجلها ولم تمض مدتها ومهر سلمه إليها ولم تستحقه بتمامه فى هذه الزوجية .

وهذا هو قول الإمام وعليه الفتوى ولا فرق عنده فى إسقاط هذه الحقوق بين لفظ الخلع وبين ما فى معناه كالمبارأة . ووجه قوله أن الخلع ينبيء عن الفصل والمبارأة تنبيء عن براءة كل منهما عن الآخر وقد صدر كل من اللفظين غير مقيد فينصرف إلى الانفصال التام والبراءة التامة وذلك إنما يكون بقطع آثار هذه الزوجية الحاصل منها الخلع وسقوط الحقوق الثابتة بها . ولكن لا يدخل فى هذه الحقوق نفقة العدة لأنها لم تكن حقا ثابتا وقت الخلع وإنما تثبت بعده فلا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة فى بدل الخلع . ولا يسقط ما لأحدهما قبل الآخر من غير حقوق الزوجية الحالية كثمن مبيع أو دين قرض أو مؤخر صداق زوجية سابقة .

وقال محمد لا يسقط بالخلع والمبارأة شيء من الحقوق ويقتصر فيهما على ما سماه الزوجان لأن المعاوضات يقتصر فيها على ما تم التراضى عليه . فيقع عليه الطلاق البائن ويلزمها البدل المسمى فقط .

وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المبارأة ومع محمد فى الخلع .

وعلى ما عليه العمل الآن من أن نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما تعتبر دينا صحيحا فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا يسقطها إلا الأداء أو الإبراء وأنها لا تسقط بالطلاق ولو خلعا تكون النفقة المتجمدة للزوجة مثل نفقة عدتها إذا نص على أنها من بدل الخلع تسقط وإن لم ينص على أنها منه لا تسقط .

ومن حكم الخلع يتبين الفرق بينه وبين الطلاق على مال فالطلاق على مال يترتب عليه أثران : وقوع البائن ولزوم المال . والخلع يترتب عليه آثار ثلاثة : هذان الاثنان وسقوط حقوق الزوجية على ما بينا .

خلع الزوجة التى ليست أهلا للتبرع : قدمنا أن الخلع من جانب الزوجة معاوضة ولكنه لما كان معاوضة مال بغير مال لأن الزوجة تدفع مالا هو بدل الخلع ولا يدخل فى ملكها مال بل تخلص لها عصمتها اعتبرت الزوجة كأنها متبرعة بالبدل الذى تلتزم به ولهذا لا يلزمها البدل ولا يتحقق معنى الخلع الشرعى المترتبة عليه آثاره الثلاثة إلا إذا كانت الزوجة المخالعة أهلا للتبرع أى بالغة عاقلة غير

محجور عليها لسفه أو مرض أو مريضة بمرض الموت .

فإن كانت الزوجة صغيرة مميزة وقال لها زوجها : خلعتك على مؤخر صداقك أو على عشرين جنيها فقالت : قبلت وهى مميزة وقع عليها طلاق رجعى لا يلزمها المال أما عدم لزوم المال فوجهه أنها صغيرة ليست أهلا للتبرع بهذا البدل الذى التزمته بقبولها . وقبولها لا يلزمها ، وأما وقوع الطلاق فلأن عبارة الزوج معناها تعليق الطلاق على قبولها وقد صح التعليق لصدوره من أهله ووجد المعلق عليه وهو القبول ممن هى أهل له لأن الأهلية للقبول تكون بالتمييز وهى هنا صغيرة مميزة ومتى وجد المعلق عليه وقع الطلاق المعلق ، وكان رجعيا لأنه لما لم يصح التزام المال كان طلاقا مجردا ليس فى مقابلته مال فيقع رجعيا . فإن لم تقبل الصغيرة أو قبلت وهى ليست أهلا للقبول بأن كانت غير مميزة فلا يقع طلاق أصلا لعدم وجود المعلق عليه وهو القبول ممن هو أهله .

وإذا جرى الخلع بين ولى الصغيرة وزوجها بأن قال زوج الصغيرة لأبيها : خالعت ابنتك على مهرها أو على مائة جنيه من مهرها ولم يضمن الأب البدل له وقال : قبلت ، طلقت ولا يلزمها المال ولا يلزم أباها . أما وقوع الطلاق فلأن الطلاق المعلق يقع متى وجد المعلق عليه وهو هنا قبول الأب وقد وجد . وأما عدم لزومها المال فلأنها ليست أهلا لالتزام التبرعات . وأما عدم لزوم أبيها المال فلأنه لم يلتزمه بالضمان ولا إلزام بدون التزام ولهذا إذا ضمنه لزمه . وقيل لا يقع الطلاق فى هذه الحال لأن المعلق عليه قبول دفع البدل وهو لم يتحقق وهذا القول ظاهر ولكن العمل بالقول الأول .

وإذا كانت الزوجة محجورا عليها للسفه وخالعها زوجها على مال وقبلت لا يلزمها المال ويقع عليها الطلاق الرجعى المعلق على قبولها لأنها ليست أهلا للتبرع كالصغيرة ولكنها أهل للقبول كالمميزة .

وإذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت وخالعها زوجها على مال وقبلت صح الخلع ويلزمها المال بشرط أن لا يزيد عن ثلث ما تملكه لأنها متبرعة والتبرع فى مرض الموت وصية والوصية لا تنفذ إلا من الثلث للأجنبى . والزوج بالخلع صار أجنبيا .

وإذا ماتت هذه المخالعة المريضة وهى فى العدة لا يستحق زوجها إلا أقل هذه الأمور . بدل الخلع . وثلث تركتها . وميراثه منها . لأنه قد تتواطأ الزوجة مع زوجها فى مرض موتها وتسمى له بدل خلع باهظا يزيد عما يستحقه بالميراث فلأجل الاحتياط لحقوق ورثتها وردا لقصد المتواطىء عليه قلنا : إنها إذا ماتت فى العدة لا تأخذ إلا أقل الأشياء الثلاثة . فإن برئت من مرضها ولم تمت منه فله جميع البدل المسمى لأنه تبين أن تصرفها لم يكن فى مرض الموت .

أما إذا ماتت بعد انقضاء عدتها فله بدل الخلع المتفق عليه بشرط أن لا يزيد عن ثلث تركتها لأنه فى حكم الوصية كما قدمنا .

الحالات التى يطلق فيها القاضى

قدمنا أن الطلاق قد يكون من الزوج وقد يكون من القاضى بناء على طلب الزوجة وبينا أن الزوج له حق الطلاق فى أى حال مادام أهلا لإيقاعه وأما القاضى فلا يطلق الزوجة بناء على طلبها إلا فى خمس حالات نص القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ على اثنتين منها وهما : التطليق لعدم الإنفاق . والتطليق للعيب . ونص القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ على الثلاث الباقية وهى : التطليق للضرر . والتطليق لغيبة الزوج بلا عذر . والتطليق لحبسه ، وهذا بيان حكم كل منها[1] :

١ – **التطليق لعدم الانفاق** : إذا كان للزوج مال ظاهر يمكن تنفيذ النفقة فيه بالطرق المبينة بلائحة التنفيذ فللزوجة أن تستوفى نفقتها منه وليس لها أن تطلب تطليقها منه لعدم إنفاقه عليها سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا قريب الغيبة أو بعيدها لأن غرضها وهو حصولها على نفقتها يتحقق بالتنفيذ فى ماله الظاهر .

وإذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكنها أن تنفذ نفقتها فيه فإما أن يكون حاضراً أو غائباً . غيبة قريبة أو بعيدة .

---

(١) وسنذكر نصوص هذين القانونين فى آخر هذا الكتاب ليرجع إليها من أراد .

فإن كان حاضراً وادعت عليه زوجته أنه تاركها بلا نفقة وليس له مال ظاهر تستوفى نفقتها منه وطلبت تطليقها منه لذلك فإن قال : إنى معسر وصادقته الزوجة على إعساره . أو لم تصادقه فأثبته بالبينة . ففى هاتين الحالتين اللتين ثبت فيهما إعساره بتصادقهما أو ببينته يمهله القاضى مدة لا تزيد على شهر . فإن أنفق فلا تطلق وإلا طلقها منه القاضى بقوله : طلقتك منه .

وإن اعترف بأنه موسر . أو سكت عن بيان حاله من يسار أو إعسار . أو قال : إنى معسر ولم يثبت قوله بمصادقتها أو ببينته وأصر فى كل حالة من هذه الحالات الثلاث على عدم الإنفاق وأصرت هى على طلب التطليق طلق عليه القاضى فى الحال بدون إمهال .

والفرق أنه فى الحالتين اللتين ثبت فيهما إعساره بالتصادق أو البينة ظاهر حاله أنه غير متعنت ولا يقصد الإضرار بها وأنه ما منعه من الإنفاق عليها إلا عسره فيمهل مدة قصيرة لا تزيد على شهر لعل الله يجعل من عسره يسرا وأما فى الحالات الثلاث التى اعترف فيها بيساره أو لم يثبت ولا ضرر على الزوجة فى انتظار هذه المهلة القصيرة فيها إعساره فإن الظاهر من إصراره على عدم الإنفاق مع اعترافه باليسار أو عجزه عن إثبات الإعسار أنه يقصد العنت والإضرار بها فلا فائدة فى إمهاله ويطلق عليه فى الحال .

وإن كان الزوج غائباً غيبة قريبة وادعت عليه أنها زوجته وغاب عنها . وتركها بلا نفقة وليس له مال ظاهر تنفذ فيه . وأثبتت وقائع دعواها جميعها يضرب القاضى لهذا الغائب أجلا يقدر مدته بحسب ما يراه ويقرر أنه إذا لم يرسل الغائب فى خلال تلك المدة ما تنفق الزوجة منه على نفسها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه أو لم يحضر للإنفاق عليها تطلق عليه ويكلف قلم الكتاب إعلان الغائب بصورة من هذا القرار والأجل المضروب له . فإن مضت المدة وحل الأجل ولم يرسل لزوجته ماتنفق منه على نفسها ولم يحضر للانفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلقها القاضى منه مادامت مصرة على طلبها .

ومثل الغائب غيبة قريبة المسجون إذا طلبت زوجته تطليقها منه لعدم إنفاقه عليها وعدم وجود مال ظاهر له لا يطلقها القاضى إلا بعد ضرب أجل له وإعذاره

كما تقدم لأنه ما خرج عن كونه غائبا غيبة قريبة .

وإن كان الزوج غائباً غيبة بعيدة وادعت عليه أنها زوجته وغاب عنهاوتركها بلا نفقة . وليس له مال ظاهر تنفذ فيه وأثبتت وقائع دعواها جميعها يطلقها القاضى منه فى الحال بدون ضرب أجل ولا إعذار .

ومثل الغائب غيبة بعيدة الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا يعلم له محل إقامة والمفقود الذى لا يعلم أحى هو أم ميت . فمتى أثبتت زوجة الواحد منهما وقائع دعواها التى بيناها تطلق منه فى الحال بدون ضرب أجل ولا إعذار والمراد بالغيبة القريبة أن يكون الغائب بمكان يسهل وصول قرار المحكمة إليه بضرب الأجل فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام . وبالغيبة البعيدة ما ليست كذلك . ووجه الفرق بين الغائب غيبة قريبة ومن فى حكمه وهو المسجون والغائب غيبة بعيدة ومن فى حكمه وهما المجهول محل إقامته والمفقود . أنه فى الحالة الأولى يمكن الاحتياط بإعذار الزوج قبل تطليق زوجته منه ولا ضرر على الزوجة فى هذا الاحتياط وأما فى الحالة الثانية فلا يمكن هذا الاحتياط بغير إضرار بالزوجة لأن الفرض أنه بعيد الغيبة أو مجهول محله أو مفقود فإعذاره متعذر أو ممكن بضررها لحاجته إلى أمد طويل .

والطلاق الذى يوقعه القاضى لعدم الإنفاق فى أى حال من هذه الأحوال السابقة رجعى مادام ايقاعه بعد دخول الزوج بزوجته فيجوز للزوج أن يراجع فيه زوجته مادامت فى العدة بشرطين : أن تثبت قدرته على الإنفاق عليها . وأن يستعد للقيام بهذا الإنفاق فإذا لم يتوفر الشرطان لم تصح الرجعة لأن سبب التطليق قائم .

وأحكام التطليق لعدم الانفاق التى بيناها مأخوذة من مذهب الإمام مالك . ودليله أن الزوج عجز عن الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان ومادام الزوج لم يسرحها من تلقاء نفسه فإن القاضى ينوب عنه .

وإما على مذهب الحنفية فلا تطليق لعدم الإنفاق ولا للعجز عنه لأن الزوج إن كان ذا عسرة فنظرة إلى ميسرة وإن كان موسرا يحبس حتى ينفق على زوجته . « المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

٢ - **التطليق للعيب** : إذا وجدت الزوجة بزوجها عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص فلها أن تطلب من القاضى تطليقها منّه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب . أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطليق لأجله .

وليست عيوب الزوج التى تسوغ طلب التطليق محصورة وإنما المدار على كون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا تستطاع العشرة معه إلا بضرر أيا كان نوعه .

ويستعان بأهل الخبرة من الأطباء فى معرفة العيب وما إذا كان متحققا فيه هذه الأوصاف ومسوغا طلب التطليق أولا .

ومن العيوب التى تتحقق فيها هذه الصفات وتسوغ طلب التطليق العُنة والجَب والخصاء . والعنين هو من لا يقدر على مباشرة النساء . والمجبوب هو الذى استؤصل منه عضو التناسل . والخصى هو الذى سلت خصيتاه .

فإذا تزوجت المرأة ووجدت زوجها عنينا أو مجبوبا أو خصيا ولم تكن قد علمت حين العقد بحقيقة حاله ولم ترض بالمقام معه على ذلك صراحة أو دلالة وطلبت تطليقها منه ، فإن كانت دعواها أنه مجبوب وثبت أنه مجبوب طلقها القاضى منه فى الحال ولا فائدة فى الانتظار لأن الجب أمر حسى يمكن تعرفه فى الحال .

وإن ادعت عليه أنه عنين « ومثله الخصى » وطلبت تطليقها منه لأنه لم يصل إليها بسبب عنته سأله القاضى عن دعواها فإن أقر بها وصادقها على أنه لم يصل إليها يؤجله سنة قمرية ليتبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم وهو العنة . ولا يحتسب من السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضا لا تستطاع معه المباشرة وابتداء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو طبعى يمنعه

من المباشرة فإن كان كذلك فيكون ابتداء السنة من حين زوال المانع ، فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقها القاضى منه .

وأما إن سأله القاضى عن دعواها فأنكرها وقال إنه وصل إليها فإن كانت ثيبا من الأصل فالقول للزوج بيمينه لأن الظاهر يشهد له إذ الأصل فى الإنسان السلامة فإن حلف أنه وصل إليها رفضت دعواها وإن نكل اعتبر نكوله مصادقة لها فيؤجل سنة كما فى حال المصادقة السابقة . وإن كانت بكرا من الأصل عين القاضى أمرأتين يثق بهما للكشف عليها فإن قالتا هى ثيب فالقول للزوج بيمينه لأن الظاهر يشهد له والقول له بيمينه أيضا فى أنه أزال بكارتها بالوقاع لا بالأصبع مثلا . وإن قالتا : هى بكر يؤجله سنة كما مر .

فإذا مضت السنة وعادت الزوجة مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها أراها لامرأتين يثق بهما مرة ثانية فإن قررتا أنها ماتزال بكرا طلقها القاضى منه وإن قررتا أنها ثيب فالقول للزوج بيمينه .

والسبب فى إتخاذ هذه الاجراءات بشأن عيب العنة خاصة أن الوقوف على حقيقة العنة متعذر وليس لأهل الخبرة من الأطباء فى هذا العيب رأى قاطع وقد يكون عجز الرجل عن مباشرة زوجته لعارض سريع الزوال وليس عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه وقد يعجز الرجل عن مباشرة امرأة دون أخرى أو فى حين دون آخر فلهذا إذا أقر أنه لم يصل إليها يمهل سنة حتى تستبين حاله وإذا ادعى أنه وصل إليها والظاهر يشهد له صدق بيمينه . وإن كان الظاهر بكذبه بأن كانت ماتزال بكرا كما كانت يمهل والغرض من هذا بناء التطليق على عيب مستحكم لا على مجرد عارض قد يكون سريع الزوال .

والفرقة بالعنة وبأى عيب من العيوب المستحكمة التى لا يمكن البرء منها طلاق بائن ، والمأخذ لأحكام التفريق بالعيوب هو مذهب محمد من أئمة الحنفية ومذاهب الأئمة الثلاثة (المواد ٩ ، ١٠ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠) .

٣ – **التطليق للضرر** : إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأى نوع من أنواع الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما كأن ادعت عليه أنه يضربها ضرباً مبرحاً أو أنه يسبها أو يكرهها على محرم وطلبت من القاضى تطليقها منه بناء على هذا الضرر . فإذا ثبت الضرر الذى ادعته سواء كان ثبوته بإقرار الزوج أو ببينة الزوجة وكان من أنواع الضرر الذى لا تستطاع معه العشرة بين أمثالهما وعجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها منه .

وإذا عجزت عن إثبات الضرر الذى ادعته قررت المحكمة رفض دعواها فإذا جاءت ثانية مكررة شكواها طالبة التطليق لإضراره بها ولم تثبت ما تشكو منه فحينئذ يعين القاضى حكمين رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن هم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح . فإن أمكن على طريقة معينة قرراها وإذا عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بينهما بالطلاق . وأما إذا كانت الإساءة من الزوجة فلا تطلق ، وإذا اختلفا أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما . وعلى الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه ، والطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على الضرر الذى أثبتته الزوجة أو بناء على تقرير الحكمين طلاق بائن . ومأخذ هذه الأحكام مذهب مالك ومستنده قوله تعالى فى سورة النساء : ﴿ **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا** ﴾ .

(المواد ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩) .

٤ – **التطليق لغيبة الزوج** : إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه غاب عنها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وطلبت تطليقها منه لتضررها من بعده عنها هذه المدة الطويلة وأثبتت وقائع دعواها . فإن كان زوجها الغائب لا يمكن وصول الرسائل

إليه بأن كان غير معلوم محل إقامته أو معلوما ولا سبيل إلى مراسلته طلقها القاضى منه فى الحال وإن كان يمكن وصول الرسائل إليه ضرب القاضى له أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا طلقها القاضى منه ولو كان له مال تستطيع أن تنفق على نفسها منه لأن هذا تطليق لضررها ببعده عنها المدة الطويلة بلا عذر وليس سببه عدم وجود ما تنفق منه ، والتطليق لهذه الغيبة طلاق بائن لأنه من أنواع التطليق للضرر ومأخذه مذهب الإمام مالك . والمراد بالسنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما (المادتان ١٢ ، ١٣ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩) .

٥ — **التطليق لحبس الزوج** : إذا صدر على الزوج حكم بسجنه ثلاث سنين فأكثر وصار هذا الحكم نهائيا فلزوجته بعد مضى سنة من سجنه أن تطلب تطليقها منه لتضررها من بعده عنها هذه المدة الطويلة ومتى ثبت للقاضى أن الحكم صدر بالسجن لمدة ثلاث سنين فأكثر . وأنه أصبح نهائيا . ونفذ على الزوج ومضت سنة فأكثر من تاريخ تنفيذه طلقها القاضى منه .

والتطليق لهذا الحبس طلاق بائن . لأنه أيضا من نوع التطليق للضرر ومأخذه كذلك مذهب الإمام مالك والمراد بالسنة التى عدد أيامها ٣٦٥ . المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

فسـخ الـزواج

الفرقة بين الزوجين قد تكون بالطلاق الذى يصدر من الزوج أو من القاضى بناء على طلب الزوجة وهذا تقدم بيانه .

وقد تكون بفسخ العقد أى نقضه بسبب خلل وقع فيه . أو بسبب طارىء طرأ يمنع بقاءه .

ففسخ الزواج لخلل وقع فيه يكون فى حالات

منها الفسخ بسبب ظهور أن العقد وقع غير صحيح كما إذا تبين أن الزوجة أخت زوجها رضاعا أو زوجة غيره أو معتدته .

ومنها الفسخ بخيار البلوغ سواء أكان من الزوج أم من الزوجة فى الحال التى يكون فيها الخيار لأحد الزوجين إذا بلغ .

ومنها الفسخ لعدم كفاءة الزوج لزوجته وعدم رضا وليها العاصب به وقت العقد .

ومنها الفسخ لنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها وعدم رضا وليها به وامتناع الزوج عن إكماله .

وفسخ الزواج لطارىء يمنع بقاءه يكون فى حالات .

منها الفسخ بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام .

ومنها الفسخ بسبب إباء الزوجة غير الكتابية أن تسلم بعد أن أسلم زوجها .

ومنها الفسخ بسبب فعل أحد الزوجين مع أصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة من الزنا ودواعيه .

فسواء أكانت الفرقة بسبب خلل فى العقد أم بسبب طارىء يمنع بقاءه فإنها فى هذه الحالات جميعها تعتبر فسخا ولا تعتبر طلاقا .

والفرق بين الفرقة التى هى طلاق والفرقة التى هى فسخ من وجهين أولهما أن الطلاق يتنوع إلى رجعى لا يحل عقد الزواج فى الحال وإلى بائن يحل عقدة الزواج فى الحال . وأما الفسخ فهو بجميع أسبابه يحل عقدة الزواج فى الحال . وثانيهما أن الفرقة التى هى طلاق تنقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج بحيث لو طلق الزوج زوجته طلقة واحدة ثم راجعها وهى فى عدتها أو عقد عليها عقدا جديدا بعد انقضاء عدتها لا يملك عليها إلا طلقتين وتحسب عليه تلك الواحدة . وأما الفرقة التى هى فسخ فلا تنقص عدد الطلقات بحيث لو فسخ الزواج بخيار البلوغ مثلا أو لعدم الكفاءة ثم تزاوجا ثانيا ملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات ولا يحتسب هذا الفسخ مما ينقص ما يملكه . وفى الطلاق بالمهر قبل الدخول يمكن الفسخ بالخيار فلا يجب لها شيئا .

وقد يتوقف الفسخ على حكم القضاء بمعنى أنه ما لم يصدر حكم بالفسخ فالعقد باق وذلك فى الحالات التى يبنى الفسخ فيها على أسباب تقديرية تكون موضع خفاء كالفسخ بعدم كفاءة الزوج لأن الكفاءة لا تعرف بالحس وأسبابها مختلفة . وكالفسخ بنقصان المهر عن مهر المثل لأنه متوقف على تعيين المثل ومهر المثل ومقارنة المسمى به . والفسخ بخيار البلوغ لأنه مبنى على قصور الشفقة فى الولى وله شرائط . والفسخ بإباء الزوجة غير الكتابية الإسلام إذا أسلم زوجها لأنها قد لا تأبى فلا يفسخ العقد .

وقد لا يتوقف الفسخ على حكم القضاء بمعنى أنه على الزوجين أن يفسخا من تلقاء أنفسهماوذلك فى الحالات التى يكون سبب الفسخ فيها جليا ليس موضع خفاء ولا تقدير كالفسخ بسبب ظهور فساد العقد . أو بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام . أو بسبب فعل أحدهما بأصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة .

ومن استقراء أنواع فرق الزواج يتبين الضابط العام لتمييز الفرقة التى هى طلاق من الفرقة التى هى فسخ وهو أن كل فرقة تكون من الزوج ولا يتصور أن تكون من الزوجة فهى طلاق . وكل فرقة تكون من الزوجة لا بسبب من الزوج . أو تكون من الزوج ويتصور أن تكون من الزوجة فهى فسخ .

العـــدة

تعريفها : العدة شرعاً أجل حدده الشارع لانقضاء ما بقى من آثار الزواج بعد الفرقة . فالزوجة المدخول بها بعد حل عقدة زواجها بأى سبب كان تتربص وتنتظر ولا تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضى عدتها بانتهاء ذلك الأجل المحدود . أما الزوج إذا فارق زوجته بأى سبب فليس عليه أن يتربص أى مدة ويمتنع عن الزواج فيها إلا إذا كانت من يريد الزواج بها محرما لمن طلقها فإن عليه أن ينتظر حتى تنقضى عدة مطلقته لئلا يكون جامعا بين المحرمين وكذلك إذا كانت له زوجات أربع وطلق واحدة منهن لا يحل له التزوج قبل انقضاء عدتها لئلا يكون جامعا بين أكثر من أربع .

سبب وجوبها : وسبب العدة الذى يترتب عليه وجوبها أحد أمرين :

أولهما وفاة الزوج مطلقا أى سواء أكانت الزوجة مدخولا بها حقيقة أو حكما أم لا لإطلاق قوله تعالى : ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾ بشرط أن تكون الزوجية صحيحة وأما وفاة الزوج من زوجية فاسدة فلا توجب عدة الوفاة فإذا لم يكن دخل بها بعد زواجه الفاسد ثم مات فلا عدة عليها أصلا وإن كان دخل بها تعتد بالحيض لا بالأشهر .

وثانيهما حصول الفرقة بين الزوجين بأى سبب غير الوفاة بعد الدخول الحقيقى فى زواج فاسد أو وطء بشبهة أو بعد الدخول حقيقة أو حكما فى زواج صحيح .

وأما الفرقة بغير الوفاة قبل الدخول حقيقة أو حكما فلا توجب العدة لقوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها** ﴾ .

ووجه الفرق بين الفرقة بالوفاة والفرقة بغيرها أن الغرض الأول من عدة الوفاة هو الوفاء للزوج المتوفى بالحداد عليه والأسف على موته وهذا واجب لكل زوج سواء دخل بزوجته أو لم يدخل ، وأما عدة غير الوفاة فالغرض الأول منها تعرف براءة الرحم والتحقق من أنها غير حامل منعا لاختلاط الأنساب وهذا إنما يكون إذا دخل الزوج بزوجته حقيقة أو حكما فى الزواج الصحيح أو دخل بها حقيقة فى الفاسد أو بناء على شبهة .

حكمة تشريعها : وحكمة إيجاب العدة تعرف براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب . وإعطاء الزوج فرصة يتمكن فيها من إعادة زوجيتها كما أشار الله سبحانه إلى ذلك بقوله : ﴿ **لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً** ﴾ وبقوله : ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا** ﴾ . والحداد والأسف على الزوج المتوفى . فكل عدة أوجبت فهى لتحقيق حكمة أو أكثر من هذه .

أنواعها : أنواع العدة ثلاثة : حيض ، وأشهر ووضع حمل .

العدة بالحيض : إذا كانت المرأة من ذوات الحيض وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة أو حكما بسبب غير الوفاة ولم تكن حاملا وقت الفرقة فعدتها تنقضى بثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة لقوله تعالى : ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾ والقرء الحيض .

ويؤخذ من تقييد الحيضات بثلاث كوامل أنه لو كانت الفرقة فى أثناء حيضها لا تحتسب هذه الحيضة إحدى الثلاث لأنها ليست حيضة كاملة فلابد أن تحيض ثلاث حيضات كاملة بعد طهرها من هذه الحيضة التى وقعت الفرقة فى أثنائها .

وتنقضى عدتها بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة . وإذا انقطع لعشرة أيام من رؤيته وهى أكثر مدة الحيض انقضت العدة بمجرد انقطاعه ، وأما إذا انقطع لأقل من عشرة أيام فلا تنقضى العدة بمجرد انقطاعه بل لابد أن يعقب انقطاعه اغتسالها أو مضى وقت صلاة عليها حتى يتحقق من أنه انقطاع لا إلى عودة ، وأقل مدة تصدق فيها المرأة أنها انقضت عدتها بحيضها ثلاث حيضات كوامل هى ستون يوماً من تاريخ الفرقة وقدمنا توجيه ذلك فى الرجعة .

العدة بالأشهر : اللاتى تعتد بالأشهر من النساء اثنتان :

الأولى : الزوجة التى ليست من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة أو مراهقة أو بلغت بالسن وهى خمس عشرة سنة ولم تحض ، أو وصلت إلى سن الإياس وهى خمس وخمسون سنة ولم تحض وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب غير الوفاة ولم تكن حاملا وقت الفرقة فعدتها تنقضى بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة لقوله تعالى : ﴿ **واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن** ﴾ .

الثانية : المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا سواء أكانت من ذوات الحيض أم ليست منهن فعدتها تنقضى بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة لقوله تعالى : ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾ إلا إذا كان زواجها فاسدا فعدتها ثلاث حيضات لا بالأشهر كما قدمنا .

العدة بوضع الحمل : إذا كانت الزوجة حاملا وقت الفرقة فسواء أكانت الفرقة بالوفاة أم بغيرها وسواء أكانت الفرقة من زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة فإن عدتها تنقضى بوضع حملها ولو كان الوضع بعد الفرقة بلحظة بشرط أن ينفصل الحمل ظاهرا كل خلقه أو بعضه حتى يصدق عليها أنها وضعت حملا وتنقضى عدتها به قال تعالى : ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** ﴾ أما إذا انفصلت منها علقة أو مضغة غير مخلقة فلا تنقضى عدتها به لأنه لا يصدق عليها أنها وضعت ولأنه لا جزم بأنها كانت حاملا والعدة لا تنقضى بالشك .

تحول العدة من نوع إلى نوع : قد تجب العدة بالأشهر ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بالحيض . وقد تجب بالحيض ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بالأشهر . وقد يجب الاعتداد بثلاثة أشهر أو ثلاث حيض ثم يطرأ ما يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام ويتبين ذلك فى المسائل الآتية :

(١) إذا كانت المعتدة ممن تعتد بالأشهر بأن كانت مراهقة أو آيسه وبعد الفرقة بدأت عدتها بالأشهر ثم حاضت فى أثناء مدة العدة وجب عليها أن تستأنف الاعتداد بالحيض ولا تنقضى عدتها إلا بثلاث حيضات كوامل ولا تعتبر المدة التى مضت بعد الفرقة من العدة ، لأنما كان قد وجب عليها الاعتداد بالأشهر على اعتبار أنها ليست من ذوات الحيض فلما تبين قبل تمام عدتها انها من ذوات الحيض وجب عليها أن تتربص ثلاثة قروء . لأنها الأصل فى الاعتداد بالحيض والشهور خلف عنها .

وأما إذا حاضت بعد تمام عدتها بالأشهر فالعدة التى تمت قد انقضت وليس عليها أن تعتد بدلها بثلاث حيضات ولكنها صارت من ذوات الحيض بحيث لو تجب عليها فى المستقبل عدة تكون بثلاثة قروء .

(٢) إذا كانت المعتدة من ذوات الحيض ثم استمر نزول الدم عليها بدون انقطاع بحيث لا يمكن تمييز أيام طهرها من أيام حيضها ولا تحديد ثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة وليس لها عادة معروفة لطهرها وحيضها أو لها عادة ونسيتها فهذه المتحيرة أو ممتدة الدم تنقضى عدتها بسبعة أشهر بعد الفرقة على اعتبار ثلاث حيضات فى شهر لأن أكثر مدة الحيض عشرة أيام وثلاثة أطهار فى ستة شهور

لكل طهر شهران للاحتياط فتلك سبعة أشهر وقيل تنقضى عدتها بثلاثة أشهر ولكن المفتى به هو الأول وإن كان الظاهر هو الثانى .

(٣) إذا كانت المعتدة من ذوات الحيض ثم انقطع حيضها ولم تعد تراه فإنها تستمر معتدة حتى تحيض ثلاث حيضات أو تبلغ سن الإياس خمسا وخمسين سنة فتصير من ذوات الأشهر وتعتد بثلاثة شهور وتسمى هذه ممتدة الطهر .

وهذا الحكم كان مثار الشكايات وكانت تستولى به المعتدة على نفقة العدة عدة سنوات ولكن هذا تدورك أخيراً بالمادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ التى نصت على أنه « لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » بعد أن عولج أولا بانقضاء عدتها بسنة بيضاء ولم تقطع الشكوى لأن بعض المعتدات كانت تأخذ نفقة لمدة خمس سنوات .

(٤) إذا طلقت الزوجة طلاقا رجعيا ثم مات زوجها وهى فى العدة يجب عليها أن تعتد عدة الوفاء وتهدم عدة الطلاق لأن الطلاق الرجعى لا يزيل ملكا ولا حلا والزوجية بعده قائمة مادامت الزوجة فى العدة فيصدق عليها أنها متوفى عنها زوجها فتعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام .

أما إذا طلقت طلاقا بائنا ثم مات زوجها فى العدة فإنها تتم عدة طلاقها لأن الطلاق البائن قطع الزوجة من حين صدوره فقد توفى مطلقها وهى مبانة منه فلا تعتد عدة وفاة إلا إذا كان طلقها بائنا وهو فى مرض موته وتحققت الشروط التى يعد بها فاراً بحيث ترثه إذا مات وهى فى العدة ففى هذه الحال متى مات وهى لاتزال فى عدتها تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق فأيتهما كانت أطول فهى عدتها وذلك لأننا إذا راعينا أنها مبانة كانت زوجيتها غير قائمة وليس عليها عدة وفاة وإذا راعينا أنها وارثة كانت زوجيتها قائمة وعليها عدة وفاة فمراعاة للاعتبارين قررنا أنها تعتد العدتين عدة الطلاق وعدة الوفاة على أن تتدخل أقلهما فى أطولهما وهذا معنى قولنا تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق أو الوفاة . وقال أبو يوسف : تعتد عدة الطلاق فقط ككل مبانة والفتوى بالأول .

(٥) إذا طلق الرجل زوجته المدخول بها طلاقا بائنا بينونة صغرى ثم تزوجها وهى فى العدة وبعد أن دخل بها فى الزواج الثانى طلقها فعليها عدة مبتدأة بهذه الفرقة لأنها فرقة بعد الدخول ولها المهر الثانى كله لأنه تأكد بالدخول .

أما إن طلقها قبل أن يدخل بها فى الزواج الثانى فمذهب الشيخين كذلك عليها عدة مبتدأة ولها المهر كاملا لأنها لما عادت إلى عصمته بالعقد الجديد كأنها عادت إلى حالها الأولى وحالها الأولى كانت مدخولا بها فكأنها بعد العقد الثانى مدخول بها فإذا طلقت فعليها العدة ولها المهر الكامل وهذا هو المفتى به . ومذهب محمد عليها إتمام العدة الأولى ولها نصف المهر لأنها طلقت قبل الدخول فى الزواج الثانى فلا عدة عليها من فرقته فتستمر فى إتمام عدتها الأولى حتى تنقضى ولها نصف المهر الثانى لأنه الواجب بالطلاق قبل الدخول . ومذهب زفر لا عدة عليها أصلا لأن العدة الأولى انهدمت بزواجه الثانى والفرقة من زواجه الثانى فرقة قبل الدخول لا توجب العدة . ولها نصف المهر لأنه الواجب بالطلاق قبل الدخول . وقول زفر مبنى على مقدمة غير صحيحة لأن الزواج الثانى لم يهدم العدة مطلقا بل هدمها فى حق المطلق نفسه فقط فإذا انقطع هذا الهادم عاد وجوبها .

مبدأ العدة : بما أن سبب وجوب العدة هو الفرقة فابتداؤها يكون من حين الفرقة فوراً من الزواج الصحيح سواء كانت الفرقة بطلاق أو فسخ ويكون ابتداؤها من حين المتاركة أو تفريق القاضى فى الزواج الفاسد . ويكون ابتداؤها عقب الموت مطلقا فى زواج صحيح أو فاسد .

ولا يتوقف ابتداؤها على علم الزوجة لأن المسبب يترتب على سببه بلا توقف ولأن العدة أجل حدده الشارع بعد الفرقة فلا يشترط العلم بمضيه حتى لو لم تعلم الزوجة بالوفاة أو الطلاق إلا بعد مضى أجل العدة انقضت عدتها شرعا .

وإذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها فى وقت معين وأنكر الزوج دعواها فأثبتتها الزوجة بالبينة وحكم لها القاضى بما ادعته ثبت الطلاق مسندا إلى الوقت المعين بدعواها ويكون ابتداء العدة من ذلك الوقت لا من وقت الحكم .

وأما إذا ادعت عليه أنه طلقها فى وقت معين فأقر بدعواهاأو أقر هو ابتداء أنه طلقها منذ كذا من الزمن فإن العدة تبتدىء من وقت اقراره لا من الوقت المسند إليه الطلاق .

والفرق أنه لما ثبت بالبينة المتصل بها القضاء إن الطلاق وقع فى وقت معين كان ذلك الوقت هو وقت الفرقة حتما فتبتدىء منه العدة . لكن لما كان فى الحالة الثانية سند الإضافة إلى الوقت المعين هو مجرد الإقرار احتمل أن يكونا متواطئين على الإضافه إلى زمن سابق لتقر بانقضاء عدتها حتى تصير أجنبية فتنفذ وصيته لها. أو يصح إقراره لها بالدين أو غير ذلك فلا جزم بحصول الفرقة فى الوقت المسند إليه فتبتدىء العدة من الوقت المقطوع بحصول الفرقة فيه وهو وقت الإقرار .

واجب المعتدة : يجب على المعتدة أمران :

الأول أن تقضى عدتها فى المنزل الذى كانت تسكنه حال قيام الزوجية حتى إذا وقعت الفرقة وهى خارج هذا المنزل وجب عليها أن تعود إليه قال تعالى : ﴿ **يأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة** ﴾ فاعتداد المطلقة فى منزل العدة حق قرره الشارع لتكون المطلقة على مقربة من مطلقها يراقب حفظها وصيانتها حتى ينتهى ما بقى من آثار زوجيتها بانقضاء عدتها ولعل الله يحدث بعد ذلك أمراً . ولتكون الأرملة على ذكر من زوجها المتوفى فتقوم بواجب الوفاء له ، وليس للمعتدة من طلاق أو وفاة أن تسكن فى غير منزل العدة إلا إذا وجد عذر يمنع من إقامتها فيه كأن ينهدم أو يخشى سقوطه أو تخاف فيه على نفسها أو مالها أو يخرجها الورثة منه أو يأبى مالكه أن يؤجره أو لا تقدر هى على دفع أجرته أو غير ذلك من الضرورات التى تبيح لها أن تقضى عدتها فى غير هذا المنزل وإذا وجدت ضرورة تبيح لها الانتقال منه فإن كانت معتدة وفاة وجب عليها أن تسكن فى أقرب منزل من مسكن العدة لتكون على ذكر من المتوفى ما أمكن وإن كانت معتدة طلاق تسكن حيث يسكنها مطلقها .

وإن سكنت فى غير منزل العدة بلا عذر يبيح لها الانتقال منه تعتبر ناشزة ولا تستحق نفقة العدة .

الثانى أن تتحيد المبانة . والمتوفى عنها زوجها وهذا الحداد يكون بأن تترك الزينة ولا تلبس حليا ولا تمس طيبا مادامت فى عدتها إظهارًا للأسف على وفاة زوجها أو على انقطاع زوجيتها بهذه الإبانة وهذا واجب خلقى من باب الوفاء للعشير وخاص بالمعتدة من وفاة أو طلاق بائن أما المعتدة من طلاق رجعى فلم تنقطع زوجيتها حتى تلبس ثوب الحداد على فوات نعمة الزواج بل يستحب لها أن تتزين ليرجعها زوجها إلى عصمته .

نفقة المعتدة : المعتدة مادامت فى العدة فهى محتبسة لحق زوجها لا يحل لها أن تتزوج بغيره حتى تنقضى عدتها ولهذا تجب لها على مطلقها النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام وكسوة وسكنى ويراعى فيها ما روعى فى نفقة الزوجة فتقدر بحسب حال الزوج يسارا وإعساراً وحال الأسعار غلاء ورخصاً ، ويشترط لاستحقاقها أن لا يفوت احتباسها بسبب من قبلها كأن تخرج من مسكن العدة بغير عذر يبيح لها ترك الإقامة فيه ، وتعتبر دينا صحيحاً للمطلقة التى تستحقها من تاريخ الطلاق فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ولا تتوقف على القضاء بها أو التراضى عليها .

من لا تستحق النفقة من المعتدات : ثلاث من المعتدات لا نفقة لهن أصلا وهن معتدة الوفاة ، والمعتدة بسبب فرقة جاءت من قبلها وهى محظورة غير مشروعة ، والمعتدة من فرقة بعد زواج فاسد أو دخول بشبهة ، وذلك لأن معتدة الوفاة لا سبيل لإيجاب نفقتها على أحد لا على الزوج لأنه بعد الوفاة لا ملك له وليس أهلا للإيجاب عليه ولا على ورثته لأن نفقة الزوجية حق شخصى على الزوج لا ينوب عنه فيه ورثته . ولأن من جاءت الفرقة من قبلها بسبب محظور كأن ارتدت عن دينها أو فعلت بأصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة تستحق الزجر والعقاب بحرمانها من حقها فى نفقة العدة . ولأن الزواج الفاسد والشبهة لا يفيد أحدهما الاحتباس شرعا فالزواج الفاسد لا يفيد احتباسا شرعياً فلا يوجب النفقة لا قبل الافتراق ولا بعده .

من تستحق النفقة منهن : من عدا هذه الثلاث من المعتدات تستحق النفقة وهما المعتدة لفرقة من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسخاً بسبب محظور أو غير محظور ، والمعتدة لفرقة من قبل الزوجة بسبب غير محظور كأن اختارت نفسها عند البلوغ أو فسخ الزواج لنقصان المهر عن مهر المثل .

والفرقة التى تصدر من القاضى فى الأحوال التى يطلق فيها أو يفسخ العقد فيها تعتبر من قبل الزوج لأنه فى الحقيقة ينوب عنه فى تطليق زوجته .

ويراعى فى كل موضع تستحق فيه المعتدة نفقة عدة أنها إنما تستحقها إذا لم تكن ناشزاً بأن لم تخرج من مسكن العدة بغير عذر :

ويراعى فى كل موضع لا تستحق فيه المعتدة النفقة أن الذى لا يستحق إنما هو نفقة الطعام والكسوة . وأما السكنى فى مسكن العدة فهو كما قدمنا حق الشرع لا يسقط بأى حال إلا لعذر يتعذر معه السكنى فيه . ولهذا لو أبرأت مطلقها من نفقة عدتها صح عن طعامها وكسوتها لأنهما حقها تتصرف فيهما ولا يشمل السكنى لأنها حق الشرع فلا تملك إسقاطه .

وعلى ما عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية تطبيقا للفقرة الأولى من المادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تأخذ المعتدة نفقة عدة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق فإذا مضت عليها سنة بعد الطلاق تؤمر قضاء بالكف عن المطالبة بنفقة عدة لأنه لا حق لها فيها بعد ذلك . وهذا نص ما جاء فى المذكرة الإيضاحية بشأن هذه الفقرة « بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تستطيع المطلقة أن تأخذ نفقة عدة مدة طويلة بدون حق فإنها إذا كانت مرضعا قد تدعى أن الحيض لم يأتها طول مدة الرضاعة وهى سنتان ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة كل سنة وقولها مقبول فى ذلك وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة خمس سنين . وإذا كانت غير مرضع قد تدعى أن الحيض يأتيها مرة واحدة فى كل سنة فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة ثلاث سنين . فقطعا لهذه الادعاءات الباطلة وبناء على ما قرره الأطباء من أن أكثر

مدة الحمل سنة وضعت الفقرة الأولى من المادة ١٧ ومنعت المعتدة من سماع دعواها نفقة العدة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق[١] .

الأولاد

قدمنا أن الحكمة الأولى فى تشريع الزواج هى بقاء النوع الإنسانى على أكمل وجوه البقاء ، وذلك بالتوالد بين الزوجين وانتساب كل مولود لأبيه والتزام كل أب بشئون بنيه . وبعد أن فرغنا من بيان الزواج وحقوقه وواجباته ، وما يطرأ عليه من فرق ، وما يترتب على الفرقة من آثار نذكر أحكام الأولاد الذين هم ثمرة الزواج ، والله سبحانه شرع الأحكام التى تكفل رعايتهم من مبدأ ولادتهم إلى أن يبلغوا سن رشدهم فشرع أحكاماً لثبوت نسبهم وتدبير رضاعهم وحضانتهم ، والإنفاق عليهم حتى يبلغوا حد الكسب ، وتولى شئونهم المالية حتى يبلغوا سن الرشد .

والحكمة الإجمالية فى تشريع هذه الأحكام هى حماية الأنساب من الضياع والاختلاط حتى لا ينسب إلى أب غير ولده . ولا يحرم ولد من عاطفة والده ورعاية الطفل حتى يبلغ السن التى يستطيع فيها أن يقوم بشئون نفسه ويستغنى عن غيره ، وصيانة أمواله حتى يحسن التصرف فيها وحده .

---

(١) يلاحظ الفرق بين انقضاء العدة شرعاً وبين استحقاق الحق المالى المترتب عليها وهو النفقة . فانقضاء العدة شرعاً للمطلقة هو ما بيناه . للحامل بوضع حملها وللصغيرة التى لم تحض والآيسة التى انقطع حيضها بثلاثة أشهر . ولمن تحيض بثلاث حيضات . وإذا انقطع حيض واحدة من ذوات الحيض لعارض من العوارض انتظرت معتدة حتى تحيض ثلاث حيضات أو تدخل فى سن اليأس فتعتد بثلاثة أشهر . ولكن لما شاع فى النساء الكذب وادعاء انقطاع الحيض والجرأة على اليمين الباطلة لإرهاق الرجال بنفقة العدة سنين طويلة عولج أخيراً أمر العدة بالنسبة للنفقة فقط بمنع المعتدة من استحقاق نفقة العدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق فهو تحديد لمدة استحقاق النفقة فقط وليس تحديدا لأجل انقضاء العدة لأن هذا لا يملكه الشارع الوضعى . ولو أن مطلقة مضت عليها سنة من تاريخ الطلاق ولم تر فيها العادة إلا مرة واحدة أو مرتين فهى شرعاً لا تزال معتدة ولا يحل لها أن تتزوج بغير مطلقها وإن كانت قانوناً ليس لها بعد السنة أن تطالب بنفقة عدة .

ثبوت النسب

النسب يثبت شرعاً بواحد من أمور ثلاثة : الفراش ، والإقرار ، والبينة .

(١) الفراش

المراد بالفراش كون أم الطفل حين حملت به زوجة حقيقة أو حكما . فمتى كانت أم الطفل فى مبدأ حملها به زوجة لزوج أهل لأن تحمل منه بأن كان مراهقا أو بالغا ثبت نسب طفلها من هذا الزوج لأن مقتضى عقد الزواج الاختصاص وأن تكون الزوجة محبوسة ومقصورة على زوجها لا يحل الاستمتاع بها إلا له ومقتضى هذا الاختصاص أن يكون حملها منه وأن يكون متعينا ثبوت نسب ولدها من زوجها وهذا معنى كونها فراشا له ولذا قال رسول الله ﷺ فى خطبته يوم حجة الوداع : « والولد للفراش ، وللعاهر الحجر » أى أن الولد ثمرة للفراش ونتيجة للزوجية وأما العاهر الذى لا يتخذ حليلة فلا ثمرة له ولا ينسب إليه مولود ، وكنى عن هذا بأنه له الحجر لأنه يقال لمن خاب ولم يجن ثمرة . بيده التراب أو له الحجر .

ومن المقرر شرعا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وأكثرها سنتان والغالب فيها تسعة أشهر .

أما تحديد أقل مدته بستة أشهر فدليله قوله تعالى : ﴿ **وحمله وفصاله ثلاثون شهرا** ﴾ مع قوله سبحانه وتعالى فى آية أخرى ﴿ **وفصاله فى عامين** ﴾ فقد جعل مدتى الحمل والفصال أى الرضاع ثلاثين شهرا ونص على أن مدة الفصال وحده عامان فدل على أن الفرق وهو ستة أشهر مدة الحمل .

وأما تحديد أكثر مدته بسنتين فدليله ما روى عن عائشة رضى الله عنها من قولها : « ما تزيد المرأة فى الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل » أى مقدارا يسيرا ، وهذا بالتحديد لا مجال للرأى فيه فالظاهر أن عائشة قالته عن سماع .

وأما تحديد غالب مدته بتسعة أشهر فدليله الاستقراء .

بناء على ما تقرر من معنى الفراش ، ومن تحديد أقل مدة الحمل وأكثره تتفرع الأحكام الآتية :

أ - **ثبوت النسب حال قيام الزواج الصحيح** : إذا ولدت الزوجة حال قيام الزواج الصحيح ولداً لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد عليها لا يثبت نسب ولدها هذا من زوجها لأنها ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد ومدة الحمل لا تقل عن ستة أشهر فحين حملت به لم تكن زوجة ولا فراشا لزوجها فلا يثبت نسبه منه . ولكن إذا أقر الزوج أنه ابنه لا من زنا يثبت نسبه منه بإقراره ويحمل على أنه كان زوجا لها سرا قبل العقد العلنى ، أو أنه دخل بها بناء على شبهة فحملت منه ، فحملا لحال الزوجين على الصلاح ومعاملة للمقر بإقراراه وصيانة للولد من الضياع أثبتنا نسبه ممن أقر أنه ابنه لا من زنا بالإقرار لا بالفراش .

وإذا ولدت لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد الصحيح عليها ثبت نسب ولدها هذا من زوجها لأنها حين حملت به كانت فراشا له بالعقد الصحيح والولد للفراش . فإذا نفى الزوج نسب هذا الولد منه فلا ينتفى إلا بشرطين .

الأول أن يسارع إلى نفيه بأن ينفيه ساعة ولادته أو فى وقت شراء أدواتها أو فى أيام التهنئة المعتادة لأنه إن سكت عن نفيه فى هذه الأوقات اعتبر سكوته إقراراً بنسبه فلا يقبل منه نفيه بعد ذلك . والثانى أن يلاعن زوجته لأنه بنفيه نسب ولدها منه يرميها بأنها زانية وهى ترميه بأنه قاذفها فلابد من شهادات منهما مقرونات بالإيمان تدرأ حد الزنا عنها وحد القذف عنه بأن يشهد الزوج أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين وتشهد الزوجة أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين وهذه الشهادات المقرونات بالإيمان هى اللعان ، فإذا بادر الزوج إلى نفى الولد ولاعن زوجته وهما مستوفيان شروط اللعان بأن كان كل منهما أهلا لأداء الشهادة وزوجيتهما صحيحة والمرأة عفيفة عن الزنا وقته . قضى القاضى بالفرقة بين الزوجين بطلاق بائن وحكم بنفى نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه .

والأصل فى هذا ما روى عن عبد الله بن مسعود قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصارى فقال يارسول الله أرأيتم الرجل يجد مع زوجته رجلا فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان فى سورة النور وهى قوله تعالى : **﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾** .

ب - ثبوت النسب حال قيام الزواج الفاسد : إذا ولدت الزوجة المدخول بها بعقد زواج فاسد قبل مفارقة زوجها ولدا لأقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقى بها فلا يثبت نسب ولدها هذا من زوجها لأنها حملت به قبل أن تكون فراشا له بالدخول بها ، وإذا ولدت لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقى بها ثبت نسب ولدها من زوجها لأنها حملت به بعد أن صارت فراشا له بالدخول بها ، ولا يمكنه أن ينفى نسب هذا الولد أصلا لأن النفى فى حال قيام الزواج الصحيح إنما كان بعد اللعان ، ولا لعان بين الزوجين بزواج فاسد لأن الآية واردة فى الذين يرمون أزواجهم والزواج عند إطلاق الشارع لا ينصرف إلا إلى الزواج بعقد صحيح .

ويؤخذ من هذا أمران : الأول أن الفراش فى الزواج الصحيح يتحقق بنفس العقد وفى الزواج الفاسد لا يتحقق إلا بالدخول الحقيقى بعد العقد الفاسد ولهذا احتسبت مدة الحمل فى حال الزوجية الصحيحة من تاريخ العقد وفى حال الزوجية الفاسدة من تاريخ الدخول لا العقد . الثانى أن الفراش الثابت بالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بنفس العقد فى الزواج الصحيح من جهة أن النسب الثابت بالفراش الأول لا يمكن نفيه أصلا وأن النسب الثابت بالفراش الثانى يمكن نفيه بالشرطين السابقين .

ج - ثبوت النسب بعد الدخول بشبهة : إذا دخل رجل على امرأة بشبهة ثم ولدت ولدا فإن ادعى أنه ابنه ثبت نسبه بهذه الدعوة وإن لم يدع نسبه ولا

يثبت منه وذلك لأن الشبهة التى بنى عليها دخوله بها أثبتت شبهة فراش فلا بد لثبوت النسب أن تنضم إليها الدعوة ، ولا فرق بين أن تكون الشبهة شبهة فى الحكم وهى التى تسمى شبهة الملك وذلك بأن يشتبه عليه الدليل الشرعى فيفهم منه الإباحة كما إذا واقع الأب جارية ابنه بشبهة الحديث « أنت ومالك لأبيك » أو واقع المطلق بلفظ من ألفاظ الكنايات مطلقته وهى فى العدة بشبهة الأثر « الكنايات رواجع »[1] أو شبهة فى العقد كما إذا عقد على إمرأة ودخل بها ثم تبين أنها أخته رضاعا ، أو شبهة فى الفعل كما إذا زفت إلى الرجل امرأة على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته .

فالدخول بأى شبهة من هذه لا يثبت النسب فيه إلا بادعاء الزوج للولد فى أى وقت من تاريخ دخوله بمن اشتبه فيها لأنه أعلم بحال نفسه فهو نسب ثابت بالإقرار لا بالفراش .

د - **ثبوت النسب بعد الفرقة** : إذا ولدت المطلقة قبل الدخول بها ولداً لأقل من ستة أشهر من تاريخ طلاقها وتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد عليها ثبت نسب ولدها من مطلقها لأنها حملت به قبل أن تطلق منه أى وهى فراش له بالعقد الصحيح وتعتبر هذه الولدة دليلا على أن الطلاق كان بعد الدخول لا قبله . وإذا ولدت لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ طلاقها فلا يثبت نسبه منه لاحتمال أنها حملت به بعد الطلاق وهى بهذا الطلاق قبل الدخول بانت لا إلى عدة فلا تكون فراشا لأنها لا هى زوجة ولا معتدة ومتى وجد احتمال أنها حملت به بعد انتهاء فراشها فلا يثبت نسبه .

وإذا ولدت المطلقة الكبيرة بعد الدخول بها التى لم تقر بانقضاء عدتها ولدا لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق ثبت نسب ولدها هذا من مطلقها سواء كان

---

(١) هذا على مذهب الحنفية القائلين بأن الطلاق إذا كان بلفظ من ألفاظ الكنايات يقع بائنا ولا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد جديد فإذا واقعها قبل أن يعقد عليها بشبهة أن الطلاق الواقع رجعى كان دخولا بشبهه . وأما على ما عليه العمل الآن فلا فرق بين ألفاظ الصريح وألفاظ الكنايات والطلاق الواقع بالكنايات رجعى مادام مجرداً عن العوض وبعد الدخول وليس مكملا للثلاث فإذا واقع مطلقته فى عدتها كان مراجعة لأنها حلال له مادامت فى العدة .

الطلاق رجعيا أو بائنا لأن أكثر مدة الحمل سنتان فيحتمل أن تكون حملت به قبل الطلاق أى وهى فراش لمطلقها ، فإحياء للولد يثبت نسبه لهذا الاحتمال وبولادته تنتهى عدتها . وإن ولدته لتمام سنتين فأكثر من تاريخ الطلاق فإن كان الطلاق رجعياً ثبت نسبه من مطلقها ولو ولدته بعد الطلاق بعدة سنين لأن الفرض أن هذه المطلقة رجعيا لم تقر بانقضاء عدتها ، والمعتدة من طلاق رجعى زوجيتها قائمة ، وفراشها ثابت ، ويحل لزوجها أن يستمتع بها فى أى وقت مادامت فى العدة ، فيحمل على أن عدتها طالت لأنها كانت ممتدة الطهر . وأن مطلقها راجعها بوقاعها فحملت منه فيثبت نسبه منه حملا على هذا . وإن كان الطلاق بائنا لا يثبت نسبه من مطلقها لأن ولادته لتمام سنتين فأكثر من تاريخ الطلاق دليل على أنها حملت به وهى مبانة أى بعد انتهاء الفراش بالطلاق البائن فلا فراش يكون هذا الولد له . لكن إذا ادعاه ثبت نسبه منه بادعائه معاملة له بإقراره وحملا لحال الزوجين على الصلاح فيحمل على أنه دخل بها بناء على شبهة فحملت – ومثل المطلقة بائنا المتوفى عنها زوجها والتى فارقت زوجها أو فرق بينهما القاضى لفساد العقد إن ولدت إحداهما لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة أو المتاركة ثبت نسب الولد من الزوج المتوفى أو المفارق وإن ولدت لتمام سنتين فأكثر من تاريخ الوفاة أو المفارقة لا يثبت نسبه منه . وعلة هذا واضحة لأن الطلاق البائن والوفاة والمتاركة من الزواج الفاسد ترفع قيد الزواج فى الحال وتنهى الفراش فإذا جاءت بالولد لتمام سنتين فأكثر بعده فقد حملت به وهى ليست فراشا فلا يثبت النسب ، وإن جاءت به لأقل من سنتين من حين هذه الفرقة احتمل أن تكون حملت به قبلها أى وهى فراش فيثبت النسب بهذا الاحتمال إحياء للولد .

ويؤخذ من هذا أنه فى المطلقة قبل الدخول لا يثبت النسب بالاحتمال ولهذا لا يثبت نسب ولدها من مطلقها إلا إذا ثبت بيقين أنها حملت به وهى فراش له بأن ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق . وإنه فى المطلقة بعد الدخول يثبت نسب ولدها بالاحتمال ولهذا إذا ولدته لأية مدة بعد الطلاق الرجعى وإن طالت ، ولأقل من سنتين بعد البائن أو الوفاة أو المتاركة ثبت نسبه لاحتمال أن تكون حملت وهى فراش فإذا انقطع الاحتمال وعلم يقينا أنها حملت به بعد انتهاء

الفراش بأن ولدته لتمام سنتين فأكثر من تاريخ البائن أو الوفاة أو المتاركة فلا يثبت نسبه بالفراش .

وإذا أقرت المطلقة بانقضاء عدتها فى مدة تحتمل انقضاءها بأن مضى عليها من حين الطلاق ستون يوما فأكثر ثم ولدت ولداً لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ إقرارها فلا يثبت نسب ولدها من مطلقها سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً لأنها من حين إقرارها بانقضاء عدتها فى مدة تحتمله انتهى فراشها وولادتها بعد انتهاء فراشها كانت لمدة كافية لتكون الجنين بعده فلا جزم بأنها حملت به وهى فراش . وإذا ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ إقرارها ظهر بهذه الولادة أنها خاطئة فى إقرارها بانقضاء عدتها وأنها كانت حاملاً حين أقرت وأن انقضاء عدتها هو بوضع حملها ، ومتى تبين أن إقرارها بانقضاء عدتها غير صحيح فحكمها حكم المطلقة التى لم تقر بانقضاء عدتها إن كانت ولادتها لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق ثبت نسب ولدها من مطلقها سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو كانت الفرقة بالوفاة . وإن كانت لتمام سنتين فأكثر من حين الطلاق أو الوفاة ففى الرجعى يثبت النسب ولو جاءت به لعدة سنين وفى البائن والوفاة لا يثبت ، وتعليل هذا قدمناه .

هذه هى أحكام ثبوت النسب بالفراش فى مذهب الحنفية وهى مبنية على أن الفراش فى الزوجية الصحيحة يثبت بمجرد العقد سواء ثبت تلاق الزوجين بعد العقد أو ثبت عدم تلاقيهما . وعلى أن أكثر مدة الحمل سنتان ، وعلى أن النسب يثبت بمجرد احتمال وجود الفراش فى مبدأ الحمل رعاية للأطفال .

ولكن الذى عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية المصرية طبقا للمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يخالف بعض هذه الأحكام وهذا بيانه .

ففى حالة قيام الزوجية لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاق بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها . فإذا ادعت الزوجة على زوجها ثبوت نسب ولدها منه فأنكر الزوج النسب ودفع دعواها بأنه لم يتلاق بها أصلا من حين عقد عليها . أو بأنها ولدته بعد سنة من تاريخ غيبته عنها وأثبت ما دفع به قررت المحكمة عدم سماع دعواها وإذا لا يثبت نسب الولد منه ولا يحتاج فى نفيه إلى اللعان ، وهذا مبنى

على أن الفراش إنما يثبت بالعقد مع التلاقى بين الزوجين بعده وهو رأى لبعض الفقهاء وهو وارد بالفقرتين ١ ، ٢ من المادة ١٥ المذكورة .

وفيما بعد الفرقة بين الزوجين سواء كانت بطلاق رجعى أو بائن أو وفاة أو مفارقة أو فسخ فى الزواج الفاسد إذا ولدت المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أو التى فرق بينها وبين زوجها لفساد زواجهما ولدا لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة أو الفرقة وادعت ثبوت نسبه من مطلقها أو زوجها المتوفى أو الذى فارقها وأنكره الزوج أو ورثته لا تسمع دعواها نسبه منه ، وهذا مبنى على ما قرره الطب الشرعى من أن أكثر مدة الحمل سنة فإذا ولدت لأكثر من سنة دل هذا على أنها حملت به بعد وقوع الفرقة أى بعد انتهاء فراشها وعلى ما تقرر شرعا من جواز تخصيص القاضى بالزمان والمكان والحادثة . وهذا وارد بالفقرة ٣ من المادة المذكورة ونصها « ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية بشأن هذه المادة ما نصه :

بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة فى أى وقت أتت به مهما تباعد الزوجان . ويثبت نسب ولد المطلقة بائنا ، والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ويثبت نسب المطلقة رجعيا فى أى وقت أتت به من حين الطلاق ما لم تقر بانقضاء العدة . ولما كان العمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على إدعاء نسب أولاد غير شرعيين . وأقصى مدة الحمل ليس فيه نص من كتاب ولا سنة[1] فلا مانع من الأخذ برأى الأطباء الذين رأوا أن أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً ليشمل الأحوال النادرة .

---

(١) أما ما روى عن عائشة من قولها ما تزيد المرأة فى الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل ففى سنده رواية مجهولة وعلى فرض صحته فالظاهر أنها أخذته عن بعض النساء لا عن الرسول ولهذا لم يتفق الأئمة على التحديد الوارد فيه ولا ينهض معارضا لما ثبت باستقراء الأطباء فى مختلف الأزمان والنساء وهم الحجة فى هذا .

فمنعا لدعاوى الاحتيال والتزوير وعملا برأى أهل الذكر وضعت المادة ١٥ من القانون » .

(٢) الإقرار

الإقرار بالنسب قد يكون فيه حمل النسب على المقر نفسه وقد يكون فيه حمل النسب على غيره .

فإقرار الرجل لولد أنه ابنه ، والمرأة لولد أنه ابنها ، وإقرار الولد لرجل أنه أبوه ولامرأة أنها أمه كل هذا إقرار فيه حمل النسب على نفس المقر ولا يتضمن حمل النسب على غير المقر ، أما قرار الرجل لآخر بأنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه فكل هذا يتضمن حمل النسب على أبى المقر أو جده أو ابنه ، ولكل نوع من نوعى هذا الإقرار حكم يخصه .

فأما الإقرار بالنسب الذى لا يتضمن حمل النسب على غير المقر فإنه يكون حجة على المقر ويثبت به النسب المقر به :

فمن أقر ببنوة غلام أو بنت له ، فإن المقر يكون إقراره حجة عليه ويثبت بهذا الإقرار أنه أبو المقر له ، وإن المقر له ابنه ويكون لكل منهما على الآخر حقوق الوالد على ولده والولد على أبيه بشرط توفر أمور ثلاثة : الأول أن يكون الولد المقر له مجهولا نسبه لأنه إن كان ثابتاً نسبه من غير المقر لا يصح الإقرار لأن النسب مما لا يقبل الفسخ ، الثانى أن يولد مثله لمثل المقر لأنه إن كان لا يولد مثله لمثله كأن كان يساويه فى السن أو يدانيه كان الظاهر مكذبا هذا الإقرار ، فلا يصح . الثالث أن يصادقه الولد المقر له إن كان مميزاً أهلا للمصادقة لأن هذا الإقرار فى الحقيقة هو اعتراف على نفس المقر بأنه أب . ودعوى على المقر له بأنه ابن ودعوى المدعى على غيره لا تثبت بمجرد الإقرار لأن الإقرار حجة قاصرة فلابد من مصادقة المقر له إذا كان مميزا وأما إن كان غير مميز فإنه يعتبر مصادقاً لأن الشأن الغالب أنه يصادق على ثبوت نسبه لكى لا ينشأ مجهول النسب .

وكذلك إذا أقرت امرأة ليست متزوجة ولا معتدة ببنوة غلام أو بنت لها وكان مجهولا نسبه ، ويولد مثله لمثل المقرة ، وصادقها إن كان مميزا فإنه يثبت بهذا الإقرار أمومة المقرة للمقر له وبنوته لها ويكون لكل منهما على الآخر حقوق الأم على ولدها والولد على أمه ، فإن كانت زوجة أو معتدة وصادقها زوجها كانت هذه المصادقة إقراراً منه بنسب هذا الولد فيثبت نسبه منه أيضا متى توفرت الشروط . وأما إذا لم يصادقها مع أنها فراش له فإن أنكر عليها أصل الولادة أو عين هذا الولد اكتفى منها فى الإثبات بشهادة القابلة العادلة وإن أنكر نسبه منه مع قيام الزوجية الصحيحة فسبيله التلاعن كما تقدم .

ومثل هذا إذا أقر ولد مميز بأن رجلا أبوه أو امرأة أمه وكان مجهول النسب ويولد مثله لمثل المقر له وصادقه المقر له تثبت بهذا الإقرار بنوة المقر وأبوة أو أمومة المقر له معاملة للمقر بإقراره وللمصادق بمصادقته .

وأما الإقرار بالنسب الذى يتضمن حمل النسب على غير المقر كإقرار الرجل لآخر أنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه فهذا لا يثبت به النسب ممن حمل عليه فلا يكون المقر له بهذا الإقرار ابناً لأبى المقر أو لجده أو لابنه لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر وليس حجة على غيره وعلى هذا لا يكون حكم هذا المقر له بالأخوة أو العمومة حكم الأخوة والأعمام الثابت نسبهم من أبى المقر أو جده وإنما تكون نتيجة هذا الإقرار معاملة المقر بإقراره فى حق نفسه فقط بشرط أن لا يكون لهذه المعاملة أثر فى حق غيره . فتفرض على المقر للمقر له بالأخوة نفقة الأخ على أخيه . وإذا مات المقر وليس له وارث أصلا أو له وارث هو أحد الزوجين فإن المقر له يستحق كل تركته أو ما بقى بعد نصيب أحد الزوجين لأنه مادام لا يوجد وارث يتأثر يكون هذا المقر له أولى بتركة المقر عملا بالإقرار حيث لا إضرار بأحد . وإذا مات أبو المقر فإن ما يرثه المقر من التركة يشاركه فيه المقر له إما مناصفة أو للذكر مثل حظ الأنثيين حسب الفريضة الشرعية لأن إقراره بالأخوة يتضمن أن للمقر له نصيباً من التركة مثل نصيبه وبما أن إقراره ليس حجة على سائر الورثة فيعتبر ما فى أيديهم بمنزلة الهالك وكأن تركة المتوفى هى ما فى يده فقط فيشاركه فيه .

(٣) البينة

كما يثبت النسب بالفراش وبالإقرار على ما تقدم يثبت بالبينة فإذا ادعى أحد على آخر بنوة أو أبوة أو أخوة أو عمومة أو أى نوع من القرابة وأنكر المدعى عليه دعواه فإن للمدعى أن يثبت دعواه بالبينة الكاملة أى بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ومتى صحت هذه الشهادة وحكم للمدعى بثبوت نسبه الذى ادعاه صارت له كل الحقوق والأحكام المقررة شرعاً بسبب البنوة أو الأبوة أو الأخوة أو العمومة أو غيرها من أنواع القرابة غير أنه إذا كانت الدعوى بالأخوة أو العمومة أو غيرهما من أنواع القرابة التى فيها حمل النسب على الغير فلا تسمع هذه الدعوى إلا فى ضمن دعوى حق آخر سواء كانت الدعوى حال حياة المدعى الانتساب إليه أو بعد وفاته وذلك لأن النسب المدعى فى هذه الحالة لا يقصد لذاته ولا يكون نفسه موضوع الخصومة وإنما محل الخصومة هو ما يترتب عليه من حقوق كالنفقة والإرث فلأجل تحقق الخصومة بين المتداعيين يجب أن تكون دعوى هذا النسب فى ضمن دعوى حق آخر ، وأما إذا كانت الدعوى بنسب ليس فيه حمل النسب على الغير كالبنوة والأبوة فهذه فى حال الحياة تسمع مجردة عن حق آخر لأن البنوة أو الأبوة فى حال الحياة تقصد لذاتها ويدعى بها قصداً . وأما بعد الوفاة فلا تسمع إلا فى ضمن دعوى حق آخر لأن النسب بعد الوفاة لا يقصد لذاته بل لما يترتب عليه من حقوق فلا بد من تحقيق الخصومة بدعوى حق يتضمن دعوى النسب .

وإذا ولدت الزوجة حال قيام الزواج ولداً لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد . أو ولدت المطلقة رجعياً لسنتين أو أقل أو أكثر من تاريخ الطلاق . أو ولدت المبانة أو المتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، وأنكر زوجها أو مطلقها أو ورثة المتوفى عنها أنها ولدت بأن قال إن هذا الولد لقيط أو أنكر أنها ولدت هذا الطفل بعينه بأن قال إنها ولدت بنتا وهذا غلام ، فللوالدة فى هذه الأحوال أن تثبت ما أنكر من أصل الولادة أو تعيين المولود بشهادة امرأة حرة مسلمة معروفة بالعدالة ولا يلزم للإثبات بينة كاملة أى رجلان

عدلان أو رجل وامرأتان عدول وذلك لأن الوالدة فى هذه الأحوال هى فراش ونسب من تلده ثابت بالفراش والبينة التى تقيمها هى لإثبات أصل الولادة أو تعيين المولود وهما من الأمور التى لا يطلع عليهما إلا النساء فإذا كان يلزم لإثباتهما شهادة رجلين أو رجل وامرأتين نال الوالدات من هذا حرج فدفعا للحرج قبلت شهادة القابلة العادلة فى الحال التى يكون النسب فيها ثابتاً بالفراش . وأما إذا اعترف بولادتها هذا الولد ولكن أنكر نسبه منه فسبيله التلاعن كما تقدم .

وأما إذا ادعت امرأة على رجل أنها ولدت منه هذا الولد ، ولم تكن فراشا له بأن لم تكن بينهما زوجية أصلا ، أو كانت مبانة منه وولادتها لأكثر من سنتين من تاريخ الإبانة ، وأنكر الرجل هذه الدعوى ففى هذه الحال لابد للإثبات من بينة كاملة على الأصل العام فى إثبات الدعاوى بالبينات .

ويراعى فى إثبات النسب بالبينة عند الإنكار ما جاء بالمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

اللقيط

اللقيط مولود حديث العهد بالولادة غالبا رماه أهله فرارا من تهمة الزنا أو خوفا من الفقر أو لأى باعث حملهم على هذا .

التقاطه : والتقاطه فرض عين على من وجده فى مكان يغلب فيه هلاكه بحيث لو تركه كان آثما مضيعا نفسا حية ، ومن وجده فى مكان لا يغلب فيه هلاكه يندب له التقاطه شفقة عليه .

وهو حر يعامل فى نفسه وماله بأحكام الأحرار لأن الأصل فى الإنسان الحرية ، ومسلم يعامل بأحكام المسلمين لأن الظاهر فيمن يوجد ببلد إسلامى أنه

مسلم . إلا إذا وجد فى محلة هى مقر غير المسلمين وكان واجده غير مسلم فإنه يكون على دين واجده .

إمساكه : وملتقطه أحق بإمساكه[1] لأنه هو الذى أحياه بالتقاطه وسبقت يده إليه فليس لأحد من حاكم أو غيره أن يأخذه منه جبراً عنه إلا إن وجد سبب يقتضى أخذه منه كأن يكون غير أهل لحفظه ، وإن التقطه أكثر من واحد فالأحق بإمساكه منهم أرجحهم بالإسلام أو الحرية أو القدرة على الحفظ أو غير ذلك من المرجحات فإن استووا ولا مرجح فالرأى للقاضى يجعله عند أيهم يراه خيراً للقيط .

الولاية عليه : ولا ولاية على اللقيط لأحد فى نفس ولا فى مال ولا للملتقط ولا لغيره والولاية عليه للحاكم لأنه ولى من لا ولى له وإنما يكون لملتقطه الذى يمسكه ولاية المحافظة على نفسه وماله فيشترى ما لا بد له منه من طعام وكسوة ويتخذ ما يلزم لتعليمه علما أو حرفة ويقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه . وإن وجد معه حين التقاطه مالا فهو ملك له ليس لأحد ولاية التصرف فيه وعلى الملتقط أن يحافظ عليه وليس له أن ينفق عليه منه إلا بإذن القاضى فإن أنفق على اللقيط بغير إذن القاضى ولم يشهد عند الإنفاق أنه أنفق ليرجع فى مال اللقيط فهو متبرع . وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه فنفقته فى بيت المال .

نسبه : وبما أن اللقيط مجهول النسب ومن مصلحته أن يثبت نسبه فإذا ادعى أى شخص سواء كان الملتقط أو غيره أنه ابنه ثبت نسبه منه بمجرد الدعوة . وإذا ادعاه الملتقط وغيره رجح الملتقط إلا إذا أقام الآخر بينة على دعواه . وإذا ادعاه اثنان ليس أحدهما الملتقط رجحت دعوى أسبقهما إدعاء إلا إذا أقام الآخر البينة وإن ادعياه معا فهو لمن أقام البينة وإن لم تكن لأحدهما بينة فهو لمن وصفه

---

(١) والنظام المتبع الآن أن من وجد لقيطا سلمه إلى رجال البوليس وهؤلاء يرسلونه إلى ملجأ اللقطاء ومن أراد أخذ لقيط منهم لتربيته يسلم إليه بعد تحريات وتعهدات تكفل مصلحة الطفل وتربيته والمحافظة عليه .

بعلامة تبين أنها فيه . وكذلك إذا ادعت امرأة أنه ابنها ثبتت أمومتها له بمجرد الدعوة .

وكل موضع يثبت فيه نسب اللقيط ممن ادعاه يكون ابنا شرعا لمدعيه ويكون لكل منهما على الآخر ما للأب على ابنه وما للابن على أبيه لأنه مجهول النسب وهذه الدعوى إقرار بنسبه . بخلاف ما إذا كان ولد معروفا نسبه وتبناه رجل غير أبيه فهذا التبنى لا يثبت به نسب من المتبنى لأن النسب الثابت كما قدمنا لا يقبل الفسخ وعلى هذا لا يكون المتبنى « ويسمى الدعى » ابنا لمن تبناه ولا يجب لأحد منهما على الآخر حق أبوة ولا بنوة قال تعالى فى سورة الأحزاب : ﴿ **وما جعل أدعياءكم أبناءكم . ذلكم قولكم بأفواهكم . والله يقول الحق وهو يهدى السبيل . ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله** ﴾ .

الرضـــــاع

للرضاع أحكام من حيث هو سبب من أسباب تحريم الزواج . وأحكام من حيث هو واجب للطفل فى أول حياته .

الرضاع الموجب للتحريم

فأما الرضاع الذى هو سبب من أسباب تحريم الزواج فهو مص الرضيع اللبن من ثدى آدمية فى مدة الرضاع التى هى الحولان الأولان من حياته . لقوله تعالى : ﴿ **وفصاله فى عامين** ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ﴾ فإذا رضع الطفل من المرأة فى أثناء الحولين الأولين من عمره كانت هذه المرضعة أمًّا له من الرضاعة وأولادها أخوة له من الرضاعة سواء أرضعتهم قبل إرضاعه أو معه أو بعده وزوجها الذى كان سببا فى إدرار لبنها أباً له من الرضاعة وحرم بهذا الرضاع ما يحرم بالنسب والمصاهرة . على ما تقدم بيانه فى المحرمات من النساء

وأما إذا رضع الطفل من المرأة بعد الحولين الأولين من عمره فهذا الرضاع لا يكون سببا من أسباب التحريم سواء كان الطفل قد فطم أو لم يفطم . وعلة هذا أن السبب فى التحريم بالرضاع هو كون الإرضاع يجعل الرضيع كجزء من مرضعته فيكون بمنزلة المولود من والدته وهذه الجزئية إنما تتحقق إذا تغذى الطفل بهذا اللبن فى الوقت الذى لا ينبت فيه لحمه وعظمه غالبا إلا به وهو الحولان الأولان من عمره فالرضاعة فى الحولين الأولين هى وحدها فى الغالب سبب تكوين الطفل فتثبت بها البعضية والتحريم . وأما بعد الحولين فلا تكون فى الغالب غذاء الطفل وحدها ولا تثبت بها البعضية ولا التحريم . ولا فرق بين قليل الرضاع وكثيره متى تحقق حصوله فى مدة الرضاع لأن الله سبحانه قال فى بيان المحرمات : ﴿ **وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم** ﴾ وبالمرة والمرات والقليل والكثير

يصدق أنها أرضعت فلا يشترط للتحريم عدد من الرضعات ولا مقدار من لبن المرضعة وإنما الشرط للتحريم أن يتحقق من وصول لبن المرضعة إلى جوف الطفل فى مدة الرضاعة سواء كان بطريق امتصاصه ثديها . أو سقيه له ، فإذا لم يتحقق من وصول اللبن إلى جوفه بأن التقم الثدى ولم يدر أرضع أم لا فلا يثبت التحريم لأنه لا يثبت بالشك .

وإذا اختلط لبن الآدمية بطعام وأنضج بالنار فلا يتعلق به تحريم . وأما إذا خلط بسائل آخر من لبن أو ماء أو دواء فإن كان هو الغالب يتعلق به التحريم وإن كان مغلوباً لا يتعلق به التحريم .

وإذا اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى تعلق التحريم بأغلبهما .

وإذا تزوج رجل امرأة ثم تبين أنها تحرم عليه رضاعا وجب عليهما الافتراق رفعا لهذا الزواج الفاسد وإن لم يفترقا رفع أى انسان بطريق الحسبة دعوى تفريق . فإذا افترقا أو حكم بالفرقة كان الحكم حكم أى فرقة بعد زواج فاسد .

الرضـــــاعة

متى تجب على الأم الرضاعة : إرضاع الأم ولدها واجب عليها شرعا تجبر على القيام به إذا تعينت له بأن كان ولدها لا يقبل ثدى غيرها ، أو لا توجد من ترضعه سواها ، أو لم يكن للولد ولا لأبيه مال تستأجر به مرضعة ، لقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن** ﴾ أى يجب عليهن الإرضاع كما فى قوله سبحانه : ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾ أى يجب عليهن التربص .

فإذا لم تتعين أم الطفل لإرضاعه بأن لم توجد حال من الحالات الثلاث السابقة فلا يجب عليها إرضاعه ولا تجبر على القيام به إذا امتنعت منه ، وعلى أبيه فى هذه الحالة أن يستأجر مرضعة له وأجرتها عليه فى ماله إذا لم يكن للطفل مال لأنها من نفقته والأب ملزم بنفقة ابنه الصغير الفقير .

والمرضعة التى تستاجر لإرضاع الطفل تسمى الظئر ، وعقد الإجارة معها على إرضاعه عقد صحيح يلزم أباه الأجر المتفق عليه . ويلزمها أن ترضع الطفل فى المدة المتفق عليها ، وعلى حسب الاتفاق يكون إرضاعها له . فإما أن تقيم به عند حاضنته أما كانت أو غيرها وإما أن ترضعه ثم تذهب وتعود وإما أن يحمل إليها فى منزلها لترضعه . وإذا لم يتفق على شىء من هذا فعليها أن ترضعه عند حاضنته حتى لا يفوت على الحاضنة حقها فى حضانته . وإذا انقضت مدة إجارة الظئر والطفل لا يقبل ثدى غيرها تجبر على مد مدة الإجارة حتى يقبل ثدى غيرها أو يستغنى عن لبنها بأية وسيلة صيانة له من الهلاك .

وإذا كان الطفل يقبل ثدى أمه وغيرها وأرادت أمه إرضاعه فهى أحق بإرضاعه وليس لأبيه أن يعطيه لغيرها ترضعه إلا بمبرر شرعى كأن توجد من تتبرع بإرضاعه وتأبى أمه أن ترضعه إلا بأجر .

أجرة الرضاعة : إذا أرضعت الطفل أمه سواء كان إرضاعه واجبا عليها فيما إذا تعينت له أو غير واجب عليها فيما إذا لم تتعين له وكانت زوجيتها بأبيه قائمة حقيقة . أو كانت فى عدة طلاقه الرجعى أو البائن . فلا تستحق أجرة على هذا الإرضاع لأن لها على أبيه نفقة الزوجية أو نفقة العدة فلا تستحق مع نفقتها أجرة إرضاع ولدها . وفى المذهب قول آخر راجح يقضى بأن معتدة الطلاق البائن تستحق أجرة إرضاع ولدها لأنها بالبائن انقطعت زوجيتها . ولكن عمل المحاكم الشرعية على الأول بلا فرق بين معتدة الرجعى والبائن لأن لكل منهما النفقة فلا تستحق معها أجرة رضاعه .

وأما إذا أرضعت الطفل أمه بعد انقضاء عدتها من أبيه استحقت أجرة على إرضاعه لأنها انقطعت زوجيتها ولا نفقة لها على أبيه قال تعالى : ﴿ **وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾ . والظاهر أن المعتدة التى مضت عليها سنة من تاريخ الطلاق وصارت لا حق لها فى المطالبة بنفقة العدة حسب المادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تستحق بعد تمام السنة أجرة الرضاعة لأنها بمنعها من المطالبة بنفقة العدة لمضى سنة صارت مثل التى انقضت عدتها فى أنها لا نفقة لها .

وأما إذا أرضعت الطفل غير أمه سواء كانت قريبة له أو أجنبية منه فإنها تستحق الأجرة على إرضاعه فى كل حال .

وأجرة الرضاع هى من نفقة الصغير والفصل فيها من اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية ويكون حكمها فيها نهائيا إذا لم يزد ما يطلب الحكم به على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين . ويكون حكمها فيها ابتدائياً قابلا للاستئناف إذا زاد المطلوب أو المحكوم به عن ذلك .

وفى الحالة التى تستحق فيها الأم أجرة الرضاع وهى فيما إذا انقضت عدتها تكون هذه الأجرة حقا لها من حين قيامها بالإرضاع ولا يتوقف استحقاقها لها على عقد إجارة مع الأب . وتكون من الديون الصحيحة التى لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ولا تسقط بموت الرضيع ولا بموت الأب . وتكون مستحقتها دائنة له أسوة غرمائه . ويصح لها أن تصالح أباه على شىء معين تأخذه بدلا عنها لأن هذه الأجرة المستحقة لها خالص حقها فتصطلح على أخذ بدل عنه كيفما تشاء وعلى الأب أن يؤدى لها البدل الذى اصطلحا عليه .

أما فى الحال التى لا تستحق فيها أم الطفل أجرة الرضاع وهى فيما إذا كانت زوجة لأبيه أو معتدته فلا يكون لها حق قبله على إرضاعه وإذا صالحها على بدل لا يصح الصلح ولا يلزم بشىء .

التبرع بالرضاعة : إذا أبت الأم أن ترضع طفلها إلا بأجر معين ووجدت امرأة قريبة له أو أجنبية منه ترضعه مجانا أو بأقل من أجر أمه فالمتبرعة أو الراضية بالأجر الأقل أولى لأن الغرض تغذية الطفل بإرضاعه وفى إعطائه للمتبرعة تحقيق هذا الغرض من غير إضرار بالأب بإلزامه أجراً لا تقتضيه ضرورة قال تعالى : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ وإذن فالأم تخير بين أن ترضعه تبرعاً أو بالأجر الأقل وبين أن تسلمه للمتبرعة وعلى المتبرعة أن ترضعه عندها حتى لا يفوت عليها حقها فى حضانته . ومحل هذا إذا كانت الأم غير متعينة لإرضاعه بأن كان الطفل يقبل ثديها وثدى غيرها وستأتى مقارنة بين المتبرعة بالرضاعة والمتبرعة بالحضانة .

الحضـــانة

تعريفها : الحضانة شرعاً تربية الطفل والقيام بشئونه فى سن معينة ممن له حق فى تربيته من محارمه .

من له حق الحضانة : لما كانت حاجة الطفل فى أول أطوار حياته ترجع إلى تدبير طعامه وملبسه ونومه ونظافته وأمثال هذه الحاجات التى تقدر عليها النساء أكثر من الرجال لوفور شفقتهن وصبرهن كان الأحق بحضانة الطفل محارمه من النساء . فإن لم توجد له محرم من النساء أو وجدت وليست أهلا لحضانته انتقل الحق فى حضانته إلى محارمه من الرجال العصبة ، فإن لم يوجد عاصب محرم له أو وجد وليس أهلا لحضانته انتقل الحق فى حضانته إلى محارمه من الرجال غير العصبة . ولما كانت أم الطفل أوفر محارمه شفقة به كانت أحق بحضانته مادامت أهلا لها سواء كانت زوجة لأبيه أو مطلقة منه وكانت محارمه اللاتى ينتسبن إليه بأمه أحق بحضانته من محارمه اللاتى ينتسبن إليه بأبيه عند استواء المرتبة قربا . وعلى هذا فترتيب أرباب الحق فى الحضانة من المحارم كما يأتى :

أحق النساء المحارم بحضانة الصغير أمه[1] . ثم أم أمه وإن علت ، ثم أم أبيه وإن علت ، ثم أخواته بتقديم الشقيقة فالأخت لأم فالأخت لأب . ثم بنت أخته الشقيقة ثم بنت أخته لأم ، ثم خالاته بتقديم الشقيقة فالخالة لأم فالخالة لأب ، ثم بنت الأخت لأب ، ثم بنات الأخوة بتقديم بنت الأخ الشقيق فبنت الأخ لأم فبنت الأخ لأب ، ثم عماته بتقديم العمة الشقيقة فالعمة لأم فالعمة لأب ، ثم خالات أمه ؛ ثم خالات أبيه ، ثم عمات أمه ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة فى كل منهن فالتى لأم فالتى لأب :

---

(١) المراد الشخص الصغير سواء كان بنتاً أو غلاماً فلا فرق بين طفل وطفلة وصغير وصغيرة .

فإن لم توجد من هاته المحارم واحدة أو وجدت وليست أهلا للحضانة انتقل الحق فى حضانة الصغير إلى العصبة المحارم من الرجال على حسب ترتيبهم فى الإرث .

فالأحق بحضانة الصغير من عصبته المحارم أبوه ثم أبو أبيه وإن علا ثم أخوة الشقيق ثم أخوه لأب . ثم ابن أخيه الشقيق ، ثم ابن أخيه لأب . ثم عمه الشقيق ثم عمه لأب ثم عم أبيه الشقيق ثم عم أبيه لأب .

فإن لم يوجد من عصبته الرجال المحارم أحد أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقل حق حضانته إلى محارمه من الرجال غير العصبة على هذا الترتيب .

للجد لأم ، ثم للأخ لأم ، ثم لابن الأخ لأم ، ثم للعم لأم ، ثم للأخوال بتقديم الشقيق فالخال لأب فالخال لأم .

فمن هذا يتبين أن الحق فى حضانة الطفل لاقربائه المحارم من النساء والرجال بتقديم محارمه النساء فمحارمه الرجال العصبة فمحارمه الرجال غير العصبة على أن يراعى فى الترتيب بين أفراد كل فريق ما قدمناه .

وإذاً فقريباته وأقاربه غير المحارم لا حق لهم فى حضانته فلا حق لبنى العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الصبية لعدم المحرمية ولهم الحق فى حضانة الصبى . ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الصبى ولهن الحق فى حضانة الصبية . والمحارم غير القريبات كالأم رضاعا والأخت رضاعا لا حق لهن فى الحضانة .

الأهلية للحضانة : يشترط فى الحاضنة أماً كانت أو غير أم شروط ثمانية إذا توفرت فيها مع توفر شفقها بقرابتها المحرمية تحقق الغرض المقصود وهو تربية الصغير والقيام بشؤونه خير قيام . وهى أن تكون حرة لأن المملوكة مشغولة بخدمة مالكها عن تربيته ، عاقلة لأن غير العاقلة لا تحسن القيام بشئونه ويخشى عليه منها ، بالغة لأن أخته الصغيرة مثلا فى حاجة إلى الحضانة قادرة على تربيته والمحافظة عليه ، فلو كانت كفيفة أو مريضة بأى مرض يعجزها عن القيام بشئونه والمحافظة عليه لا تكون أهلا لحضانته ، أمينة عليه فلو كانت كثيرة المغادرة لمنزلة

ومهملة شؤون الأولاد بحيث يترتب على هذا خشية ضياعهم أو لحوق الضرر بهم لا تكون أهلا للحضانة ، غير مرتدة لأن المرتدة عن الإسلام تحبس حتى تعود إليه فلا تقدر على الحضانة ، غير متزوجة بأجنبى من الصغير بأن تكون غير متزوجة أصلا أو متزوجة بقريب محرم من الصغير كعمه مثلا لأن زوجها إذا كان أجنبيا منه لا يعطف عليه ، ولا يمكنها من العناية بتربيته ، غير مقيمة فى بيت فيه من يبغضه لأن فى مقام الطفل مع من يبغضه تعريضه للخطر والضرر .

وكذلك إذا انتقل حق الحضانة إلى الرجال المحارم . سواء كانوا العصبة أو غيرهم لا يكون المحرم منهم أهلا لحضانة الصغير إلا إذا كان أمينا عليه قادراً على تربيته فلو كان فاسقاً أو مفسداً أو غير قادر على تربية لجنون أو عته أو مرض ، فلا حق له فى حضانته .

والحاضنة أما كانت أو غير أم ، لا يشترط فى أهليتها لحضانة الصغير اتحادها معه فى الدين ، فلو كانت أم الصغير المسلم غير مسلمة فهى أحق بحضانته لأن الشفقة الباعثة على قيام الأم بشئون ابنها أو الأخت بشئون أخيها لا تختلف باختلاف الدين ؛ إلا إذا ظهر أن فى وجوده معها خطراً على إسلامه فلا تكون أهلا لحضانته ، وأما إذا انتقلت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم فيشترط فى أهلية العاصب منهم لحضانة الصغير اتحاده معه فى الدين لأن حق حضانتهم يعتمد على التوارث ولا توارث مع اختلاف الدين .

وإذا وجد أكثر من واحدة أو واحد كلهم أهل لحضانة الصغير ودرجة قرابتهم به واحدة كعدة أخوات شقيقات أو عدة أخوة أشقاء فالأحق منهم بحضانته أصلحهم لتربيته فإن تساووا من كل جهة يختار القاضى من بينهم من يشاء .

ومجرد فسق الحاضنة أو سوء سلوكها لا يجعلها غير أهل لحضانة الصغير إلا إذا كان يؤدى ذلك إلى ضياع الولد أو تعويده أخلاقاً تضره .

مدة الحضانة : أصل المذهب أن مدة الحضانة للصغير والصغيرة تنتهى باستغنائهما عن خدمة النساء وقدرة الواحد منهما على أن يقوم وحده بحاجاته

الأولية من أكل ولبس ونظافة . ولم تقدر لهذا سن معينة ولكن مجتهدى المذهب قدروا سن الاستغناء للغلام بسبع سنين وللبنت بتسع سنين وهذا ما عليه الفتوى . وعليه تنتهى مدة حضانة الغلام إذا أتم سبع سنين وتنتهى مدة حضانة البنت إذا أتمت تسع سنين ، ولكن رئى أن الحاجة داعية لأن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فإن رأى مصلحتهما فى بقائهما فى حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع فى الصغير وإحدى عشرة فى الصغيرة وإن رأى مصلحتهما فى غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء ولهذا وضعت المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها « للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع . وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك » . وتقدير هذه المصلحة موكول إلى القاضى .

أجرة الحضانة : أجرة الحضانة كأجرة الرضاعة لا تستحقها الأم حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما لأن لها نفقة الزوجية أو نفقة العدة وتستحقها بعد انقضاء عدتها أو منعها من المطالبة بنفقة عدتها لمضى سنة من تاريخ طلاقها على ما استظهرنا . وأما غير الأم فتستحق أجرة الحضانة مطلقا . وهى أيضاً من نفقة الصغير كأجرة رضاعة والفصل فيها من اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية تارة بصفة نهائية وتارة بصفة ابتدائية على ما بيناه وتكون حقا لمستحقتها من حين قيامها بها . وتكون دينا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ويصح لمن تستحقها أن تصالح أبا الصغير عنها على بدل تأخذه ويلزم الأب بهذا البدل . ويراعى التفريق بين نفس الحضانة والأجرة عليها . فالحضانة بمعنى تربية الصغير ممن هى حقها ليست حقا خالصا للحضانة بل فيها حق للولد أيضا لأن الشارع قدر مصلحة الولد فى أن تمسكه أمه فى سن معينة هى أقدر على تدبير شؤونه فيها وفى أن يمسكه أبوه فى سن بعد ذلك هو أقدر على تدبير شؤونه فيها . فليس لأم الطفل أن تصالح أباه على أن تتركه عنده فى مدة حضانته على بدل لأن هذا صلح منها على ما ليس حقا خالصاً لها فلا يصح الصلح ولا يستحق البدل . ولو اختلعت على أن تترك ولدها عند أبيه مدة الحضانة فالخلع جائز والشرط باطل لأنه ليس خالص حقها .

وإذ امتعنت من الحضانة تجبر عليها مراعاة لحق الولد وليس لأبى الطفل أن يصطلح مع أمه على تركه عندها بعد مدة حضــانته . أما الأجرة على الحضانة فهى خالص حقها تصالح عليها وتختلع نفسها بها وتتنازل عنها لأن صاحب الحق له التصرف فيه كيف شاء .

وإذا لم يكن للحاضنة مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير فلها أن تطلب من الأب إعداد مسكن لحضانته فيه أو فرض أجرته . وإذا احتاجت فى حضانته إلى خادم وأبوه موسر فلها أن تطالبه بإحضار خادم أو فرض أجرته .

وعلى هذا فقد يحكم للصغير على أبيه بنفقة لإصلاحه ، وأجرة لرضاعه ، وأجرة لحضانته ، وأجرة مسكن لحاضنته ، وأجرة خادم له وبدل فراش وغطاء .

التبرع بالحضانة : إذا أبت أم الولد أن تحضنه إلا بأجر ووجدت من محارمه من هى أقل لحضانته . كجدته لأبيه أو عمته تتبرع بحضانته فإن كان الأجر مستحقا على الصغير فى ماله بأن كان له مال ونفقته بأنواعها واجبة فيه فإنه يسلم للمتبرعة لأن فى هذا صيانة ماله من غير إضرار به لأن المتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل هى من محارمه .

وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحقا على الأب فإن كان الأب موسراً لا يعطى للمتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لوفور شفقتها ولا ضرر على الأب لأنه موسر . وإن كان معسراً يعطى للمتبرعة لأن فى إلزامه بالأجر مع إعساره إضراراً به ولا تقتضيه ضرورة مع وجود المتبرعة من المحارم .

ومن المقارنة بين التبرع بالرضاعة والتبرع بالحضانة يتبين أن بين أحكامهما فرقا من وجهين .

الأول أنه لا فرق فى المتبرعة بالرضاعة بين أن تكون قريبة للطفل أو أجنبية منه . وقد اشترطنا فى المتبرعة بالحضانة أن تكون من محارم الصغير التى هى أهل لحضانته بحيث إذا كانت المتبرعة بحضانته أجنبية منه أو محرما فاقدة شرطا من شروط الحاضنة لا يلتفت إليها وكأنه لم توجد متبرعة .

والثانى أنه عند وجود متبرعة بالرضاعة يعطى لها سواء كان للطفل مال أو لا . وسواء كان الأب موسرا أو معسرا . وأما عند وجود متبرعة بالحضانة فلا ينزع من أمه ويعطى لها إلا إذا كان الصغير لا مال له والأب موسر . ومنشأ التفريق أن الغرض من الرضاعة تغذية الطفل وهو يتحقق من الأم كما يتحقق من غيرها قريبة أو أجنبية فلا فرق بين متبرعة وأخرى ولا مبرر لإلزام الصغير أو أبيه بمال لا ضرورة له . وأما الحضانة فالغرض منها التربية ممن هى أهل لها وهذه الأهلية لا تكون إلا بالقرابة المحرمية مع استيفاء الشروط فإذا لم تكن المتبرعة فيها هذه الأهلية فات الغرض ولم يتحقق معنى الحضانة . ولا شك أن قيام الأم بهذه التربية خير للطفل من قيام حاضنة أخرى بها فلا يعدل عن خير الطفل إلا لموجب وهو عسر الأب أو عدم إضاعة مال الولد .

وإذا أبت أم الصغير الحضانة إلا بأجر ولا توجد متبرعة من محارمه وليس للصغير مال والأب معسر تجبر الأم على القيام بحضانته وتكون أجرتها دينا على أبيه . وكذلك الحال فى أجرة الرضاعة إذا لم توجد متبرعة وليس للصغير ولأبيه مال .

سفر الحاضنة بالولد : إذا كانت الحاضنة الأم وزوجيتها بأبى الولد قائمة فليس لها الانتقال إلى أى بلد آخر إلا بإذن زوجها لأن قرارها فى المسكن الشرعى الذى أعده لها حق له واجب عليها . وإذا كانت فى عدة طلاقه الرجعى أو البائن فليس لها الانتقال مطلقا لا بإذنه ولا بغير إذنه لأن اعتدادها فى مسكن العدة حق للشرع واجب عليها . وإذا كانت مطلقة انقضت عدتها فلها أن تسافر بولدها بغير إذن أبيه إلى بلدها الذى هو وطنها وكان عقد زواجهما فيه سواء كان هذا البلد قريبا من بلد الأب أو بعيدا عنه وسواء كان مصراً أو قرية لأن مقتضى عقده عليها فى بلد هو وطنها التزامه الرضا باقامتها فيه . وليس لها أن تسافر به بغير إذن أبيه إلى بلد انتفى فيه الأمران أو أحدهما بأن كان لا هو وطنها ولا عقد عليها فيه أو كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه وليس وطنها إلا إذا كان هذا البلد الذى انتفى فيه الأمران أو أحدهما مصراً قريباً بحيث يمكن الأب أن يذهب إليه ويرى ولده ويعود قبل أن يدخل الليل . فإن كان مصرا بعيداً أو قرية مطلقا سواء كانت قريبة أو بعيدة فليس لها أن تنتقل إليها إلا بإذن الأب .

وأما غير الأم من الحاضنات فليس لها الانتقال بالولد من محل حضانته إلا بإذن أبيه مطلقا .

والحكمة فى هذا مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حضانته بواسطة أمه وقريباته المحارم . وبين إشراف أبيه على تربيته حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه .

ولهذه الحكمة نفسها ليس للأب أن يخرج الصغير من البلد الذى تقيم فيه أمه مادام فى حضانتها التى هى أهل لها لأن فى هذا الإخراج تفويت حقها وحق الصغير فيمنع منه سواء كان البلد الذى يريد نقله إليه قريبا من أمه أو بعيداً . إلا إذا سقط حق الأم فى الحضانة لسبب من الأسباب ولم يكن فى البلد الذى هى فيه من ينتقل إليه حق حضانة الصغير فله أن ينقله من بلد أمه إلى البلد الذى فيه من لها الحق فى حضانته . وإذا زال المانع من أهلية الأم للحضانة وعاد إليها استحقاقها وجب على الأب أن يعيده إليها حيث تقيم . ومثل الأم فى هذا غيرها من الحاضنات .

وفى كل حالة لا يكون للحاضنة حق السفر بالصغير إذا أبت إلا أن تسافر سقط حقها فى حضانته وانتقل الحق إلى من يليها من الحاضنات .

بعد انتهاء مدة الحضانة : الغلام إذا انتهت مدة حضانته بأن بلغت سنه سبعاً أو تسعاً صار الأحق بإمساكه أبوه . فإن لم يكن له أب فالأحق بإمساكه جده لأبيه . فإن لم يكن له أب ولا جد فالأحق بإمساكه أقرب عصبته من الرجال سواء كانوا محارم كأخوته أشقائه أو غير محارم كأبناء عمه لأن الغلام بعد بلوغه هذه السن يستغنى عن خدمة النساء ويصير فى حاجة إلى التأديب والتثقيف والتخلق بأخلاق الرجال والأخذ فى أسباب الحياة . وأبوه وسائر عصبته من الرجال أقدر على تدبير هذا من أمه وسائر قريباته من النساء .

ولا خيار للغلام ولا لأبيه وعصبته فى ذلك بل يجبر الغلام على أن يكون عند أبيه أو عاصبه فى هذا الطور من عمره ويجبر أبوه أو أقرب عصبته على إمساكه إذا امتنع من طلبه وذلك لأن الشارع رأى مصلحة الصغير فى أن يمسكه أبوه أو

عاصبه بعد تجاوزه سن الحضانة ليهذبه ويربيه فليس للغلام أن يختار غير ما رآه الشارع وليس لأبيه أو عاصبه أن يمتنع عن القيام به لأن حق الشرع لا يملك أحد تفويته . وإذا لم يكن للغلام أب ولا عاصب ولا وصى يبقى عند حاضنته إلا إذا رأى القاضى مصلحته فى أخذه منها وإبقائه عند غيرها .

فإذا بلغ الغلام الحلم بأن بلغت سنه خمس عشرة سنة أو رأى أمارة من أمارات البلوغ قبلها وكان عاقلاً ذا رأى يستغنى به صار أحق بنفسه وليس لأبيه ولا لأى واحد من عصبته إمساكه جبراً عنه بل يكون مخيراً إن شاء انفرد بإقامته وإن شاء أقام مع أبيه أو أمه أو غيرهما إلا إذا كان بعد بلوغه الحلم مفسداً لا يؤمن على نفسه فإن لأبيه أو عاصبه الحق فى إمساكه للمحافظة عليه ودفع الفتنة والعار وتأديبه إذا وقع منه شىء يستوجب التأديب .

وأما البنت فإذا انتهت مدة حضانتها بأن بلغت سنها تسعاً أو إحدى عشرة سنة صار الأحق بإمساكها أبوها ثم جدها لأبيها ثم أقرب عصبتها من الرجال المحارم كإخوتها الأشقاء وأعمامها وليس لعصبتها من الرجال غير المحارم كأبناء عمها حق فى إمساكها لأن البنت بعد تجاوزها سن الحضانة واستغنائها عن خدمة النساء تكون حاجتها إلى المحافظة عليها وتأديبها وصونها وتحصينها . وعصبتها من الرجال المحارم أقدر على هذا من قريباتها من النساء . ولا خيار للبنت ولا لأبيها أو عاصبها المحرم فى ذلك بل تجبر هى على أن تكون عند عاصبها المحرم ويجبر عاصبها المحرم على إمساكها إذا امتنع لأن هذا حق الشرع لا يملك أحد تفويته .

ويستمر هذا الحق ثابتاً على البنت لأبيها أو عاصبها المحرم إلى أن تتزوج فإذا تزوجت صار حق إمساكها لزوجها . لكن إذا بلغت البنت الحلم ولم تتزوج وكانت بكرا مسنة واجتمع لها رأى وعفة أو كانت ثيبا تؤمن على نفسها فإن كل واحدة من هاتين تكون أحق بنفسها وليس لعاصبها المحرم أن يجبرها على الإقامة عنده بل تكون فى هذا كالغلام إذا بلغ الحلم عاقلا ذا رأى .

وفى كل موضع يكون للأب أو العاصب الحق فى إمساك الغلام أو البنت إنما يثبت له هذا الحق إذا كان أمينا غير مفسد لا يخشى على أحدهما منه فإن كان

غير مأمون عليهما لأنه مفسد مستهتر لا تتحقق مصلحة الصغير بإمساكه فلا حق له ويعتبر كعدمه وينتقل الحق إلى من يليه .

نفقـــة الأقـــارب

القرابة سبب لوجوب نفقة القريب على قريبه كما أن الزوجية سبب لوجوب نفقة الزوجة على زوجها .

ولا توجب القرابة النفقة إلا إذا كانت محرمة للزواج فإن كانت القرابة غير محرمة للزواج كقرابة أولاد الأعمام والعمات وأولاد الأخوال والخالات فلا توجب النفقة وعلى هذا لا تجب نفقة الفقير على ابن عمه أو ابن خاله .

وإذا كانت الصلة بين الأقارب جزئية بعضهم من بعض تسمى قرابتهم قرابة الولاد كقرابة الأصول والفروع المنحصرة فى عمود النسب . وإذا كانت الصلة ليست كذلك كقرابة الأقارب الخارجين عن عمود النسب تسمى قرابتهم قرابة غير الولاد أو قرابة الحواشى أو قرابة ذوى الأرحام وعلى هذا ينحصر بحث نفقة الأقارب فيما يأتى :

نفقة الفرع الواجبة له على أصله .
نفقة الأصل الواجبة له على فرعه .
نفقة الأقارب غير الأصول والفروع الواجبة لبعضهم على بعض .

النفقة الواجبة للفرع على أصله

إذا كان الأب موجوداً غير عاجز عن الكسب فنفقة أولاده واجبة عليه وحده لا يشاركه فيها غيره من أم أو جد أو سواهما .

دليل وجوبها : والدليل على وجوبها قوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ فقد أوجب سبحانه على المولود له رزق الوالدات وكسوتهن وهذا الرزق وهذه الكسوة من نفقة الأولاد . وقد ورد

فى الحديث أن زوجة أبى سفيان قالت يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف .

سبب وجوبها : وسبب وجوبها الجزئية أى كون الولد جزءاً من أبيه وكما تجب على الإنسان نفقة نفسه تجب عليه نفقة جزئه . وهذه الجزئية هى السبب فى وجوب النفقة بين كل فرع وأصله ولهذا تجب نفقة الأصول على فروعهم والفروع على أصولهم ولو لم يتحقق التوارث كما إذا اختلفوا فى الدين لتحقق الجزئية وهى سبب الوجوب .

شرط وجوبها : يشترط لوجوب نفقة الأولاد على أبيهم شرطان :

الأول : أن يكون الأولاد فقراء عاجزين عن الكسب لأن الولد سواء كان صغيراً أو كبيراً غلاماً أو بنتا إن كان له مال فنفقته فى ماله .

والعجز عن الكسب يتحقق بكون الولد صغيراً ، أو بكونه كبيراً ذا عاهة تمنعه من التكسب ، أو بكونه أنثى لأن الشأن فى الإناث أن لا يعملن للكسب .

الثانى : أن يكون الأب قادراً على نفقتهم بأن يكون غنياً أو كسوباً يكسب من عمله ما يفى بحاجته وحاجتهم . بناء على هذا تتفرع الأحكام الآتية :

أ - إذا كان الغلام فقيراً صغيراً وأبوه غنى أو كسوب تجب نفقته على أبيه بأنواعها من طعام وكسوة وسكنى وأجرة رضاع وحضانة وكل ما يحتاج إليه الصغير مما يقدر عليه أبوه .

فإذا بلغ الغلام الفقير سنا يكون فيها أهلا للكسب سواء كانت سن البلوغ أو قبله فإن كان قادراً على الكسب وليس به مانع يمنعه منه فلا تجب نفقته على أبيه بل تكون نفقته فى كسبه وللأب أن يضعه فى عمل أو حرفة يكتسب منه وينفق عليه من كسبه فإن لم يف كسبه بنفقته فعلى الأب تكميل كفايته . وإن كان عاجزاً عن الكسب لشلل أو عاهة أو أى مرض يعجزه عن الكسب فنفقته بأنواعها واجبة له على أبيه لأن عجز الكبير عن الكسب يجعله فى حكم الصغير . ومن الكبار العاجزين عن الكسب أولاد الأشراف الذين لا يستأجرون للأعمال .

وطلبة العلم الذين يشغلهم تعلمه عن كسب الرزق ولا يهتدون إلى طرقه . فهؤلاء تجب لهم النفقة وهم كبار أصحاء وأما البنت فإذا كانت فقيرة صغيرة وأبوها غنى أو كسوب فنفقتها بأنواعها واجبة لها على أبيها وكذلك إذا كبرت وهى فقيرة فنفقتها واجبة على أبيها سواء كانت قادرة على الكسب أو عاجزة عنه لكن إذا اكتسبت فعلا من وظيفة أو حرفة فلا تجب نفقتها على أبيها بل تكون نفقتها فيما كسبته لأنها استغنت به إلا إذا كان ما كسبته لا يفى بحاجتها فعلى أبيها تكميل كفايتها .

فإذا تزوجت سقط وجوب نفقتها عن أبيها ووجبت نفقتها على زوجها فإذا طلقت وانقضت عدتها من مطلقها وصارت لا نفقة لها على زوجها عاد وجوب نفقتها على أبيها وكذلك إذا كانت زوجيتها قائمة وسقط وجوب نفقتها عن زوجها بسبب نشوزها مثلا تجب نفقتها على أبيها مادامت ناشزاً .

فنفقة البنت الفقيرة إما على أبيها أو على زوجها أو فى كسبها إن كسبت فعلا .

وإذا كان الأولاد ممن لا يستحقون النفقة على أبيهم بأن كان لهم مال أو كسب أنفق عليهم أبوهم من ماله هو فهو متبرع ولا يرجع على أحد منهم بما أنفق إلا إذا استأذن القاضى فى الإنفاق عليهم ليرجع بما أنفق أو أشهد عند الإنفاق أنه أنفق ليرجع فلو أنفق الأب من ماله على ابنه الصغير الغنى أو على ابنه الكبير الكسوب أو على ابنته المدرسة فهو متبرع بما أنفق إلا إذا احتاط بالإشهاد عند الإنفاق أو استئذان القاضى .

ب — فإذا كان الأب فقيراً وقادراً على الكسب ولكن لم ييسر له عمل يكتسب منه أو يسر له عملٌ يكتسب منه ولكن كسبه قليل لا يفى بحاجته وحاجة من تجب عليه نفقتهم من أولاده ففى هذه الحالة تجب عليه النفقة لأولاده ولكن لا يؤمر هو بأدائها بل يؤمر بأدائها لهم أمهم إذا كانت موسرة ويكون ما تؤديه الأم دينا لها ترجع به على أبيهم إذا أيسر وإذا كانت الأم غير موسرة أمر أبو الأب الموسر بالأداء . ويكون ما يؤديه دينا على الأب إذا أيسر .

جـ – وإذا كان الأب فقيراً وعاجزاً عن الكسب لمرض أو كبر سن أو أى عاهة تعجزه عن الكسب يعتبر كالمعدوم وتجب النفقة على من عداه من أقارب الأولاد عند عدم أبيهم .

فننبه للفرق بين أب فقير قادر على الكسب وأب فقير عاجز عن الكسب فإن الأول لا يسقط وجوب النفقة عليه بل يحكم عليه بالنفقة ولكن لا يؤمر بأدائها وإنما يؤمر بأدائها الموسر من أقرب أقارب الأولاد . ليكون دينا على الأب وأما الثانى فيعتبر كالمعدوم ويسقط وجوب النفقة عنه ولا يحكم عليه بها وإنما يحكم بها الأقارب عدا الأب على ما يبين بعد .

وإذا لم يوجد للأولاد المستحقين للنفقة أب أو كان لهم أب ولكنه فقير وملحق بالمعدوم لعجزه عن الكسب وكان أقاربهم القادرون على الإنفاق عليهم كلهم من أصولهم سواء كانوا أصولا لهم من ناحية أبيهم أو من ناحية أمهم فوجوب النفقة عليهم على هذا التفصيل .

أ – إذا كان هؤلاء الأصول كلهم وارثين تجب عليهم النفقة جميعا بنسبة إرثهم سواء تساوت درجة قرابتهم أو اختلفت .

فمن له أم وأبو أب فنفقته عليهما بنسبة الإرث . على الأم ثلث نفقته وعلى الجد ثلثها .

ومن له أم أم وأم أب وأبو أب فنفقته عليهم بنسبة الإرث على الجدتين سدسها وعلى الجد خمسة أسداسها إلا إذا كان أبو الأب قائماً فعلا مقام الأب بأن حجب من الإرث بعض العصبة الذين يحجبهم الأب فحينئذ يكون بمنزلة الأب وتجب عليه وحده النفقة ولا يشاركه فيها أحد . فمن له أم . وعم وأبو أب فنفقته على جده وحده ولا شيء على الأم لأن الجد لما حجب العم فى هذه الصورة من الإرث كان كالأب والأب لا يشاركه فى الإنفاق على أولاده أحد .

ب – وإذا كان هؤلاء الأصول كلهم غير وارثين بأن كانوا من الأجداد أو الجدات غير الصحيحة تجب النفقة على أقربهم درجة للأولاد فإن تساوت درجتهم وجبت النفقة عليهم جميعاً .

فمن له أبو أم . وأبو أم أب فنفقته على أبى أمه لأنه أقرب درجة .

ومن له أبو أم أم . وأبو أب أم فنفقته عليهما معا بالتساوى لتساويهما فى الدرجة .

جـ – وإذا كان هؤلاء الأصول بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث فإن تساووا فى الدرجة تجب النفقة على الوارثين منهم بنسبة إرثهم ولا يجب على غير الوارثين منهم شىء .

فمن له أبو أب وأم أب وأم أم وأبو أم فنفقته على أصوله الوارثين بنسبة إرثهم وهم جد الصحيح وجدتاه الصحيحتان على الجد خمسة أسداسها وعلى الجدتين سدسها ولا شىء منها على جده غير الصحيح وهو أبو الأم لأنه جد غير وارث .

وإن اختلفوا فى الدرجة تجب النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير الوارث .

فمن له أبو أب أب . وأبو أم فنفقته على أقربهما درجة وهو أبو الأم وإن كان الذى يرثه إذا مات هو أبو أبى الأب . والعلة لهذا أن سبب استحقاق الفروع نفقة على الأصول هو الجزئية وكلما قربت الدرجة قوى السبب فيرجح الأقرب فى الوجوب عليه وإن كان فى مثل هذه الصورة الأخيرة لا يتفق حكمها مع قاعدة « الغرم بالغنم » لأن الذى يرث لا تجب عليه نفقة والذى تجب عليه النفقة هو من لا يرث .

النفقة الواجبة للأصل على فرعه

إذا كان الأصل فقيراً سواء كان أباً أو أماً أو جداً أو جدة وله فروع قادرون على الإنفاق عليه تجب نفقته على أقربهم له درجة . فإن تساووا فى القرب فنفقته عليهم جميعا بالتساوى من غير نظر إلى الإرث لأن علة وجوب النفقة هنا الجزئية فكلما تحقق السبب وهو الجزئية تحقق المسبب وهو الوجوب بصرف النظر عن الإرث وكلما قوى السبب بقرب الدرجة ترجح .

فمن له بنت وابن ابن فنفقته على بنته وحدها لقربها .

ومن له بنت وابن فنفقته عليهما بالسوية .

ومن له بنت وابن ابن فنفقته عليهما بالسوية .

ومن له ابنان مسلم وغير مسلم وهو مسلم فنفقته عليهما بالسوية .

وإذا اجتمع للفقير أقارب قادرون من أصوله ومن فروعه تجب النفقة على أقربهم درجة . فإن تساووا فى الدرجة تجب النفقة عليهم بالنسبة للإرث .

فمن له أب وابن ابن فنفقته على الأب وحده لقربه درجة .

ومن له أبو أب وابن ابن فنفقته عليهما معا بنسبة الإرث على الجد سدسها وعلى ابن الابن خمسة أسداسها .

وكان مقتضى هذا أن من له أب وابن تكون نفقته على أبيه وابنه بنسبة الإرث لتساويهما فى الدرجة . ولكن هنا تجب النفقة على الابن وحده لأن للأب شبهة فى مال ابنه بمقتضى الحديث « أنت ومالك لأبيك » فمتى وجد الابن القادر تجب عليه وحده نفقة أبيه الفقير ولا يشاركه فيها أحد كما أنه إذا وجد الأب القادر تجب عليه وحده نفقة ابنه الفقير ولا يشاركه فيها أحد .

نفقة ذوى الأرحام بعضهم على بعض

أ – إذا كان الفقير المستحق للنفقة أقاربه القادرون كلهم من الحواشى أى من الأقارب الخارجين عن عمود النسب وليسوا من أصوله ولا فروعه كإخوته وأخواته وفروعهم وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته دون فروعهم فهؤلاء تجب نفقته عليهم بنسبة الإرث فالمحجوب من الإرث لا تجب عليه النفقة والوارث تجب عليه من النفقة بنسبة نصيبه فى الإرث .

وهذا مقتضى الآية الكريمة إذ قال الله سبحانه فى سورة البقرة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . لا تكلف نفس إلا وسعها . لا تضار والدة بولدها . ولا مولود له بولده . وعلى الوارث مثل ذلك . « فقد أوجب سبحانه رزق الوالدات وكسوتهن على الوارث إذا لم يوجد المولود له وعبر عنه بوصف

الوارث إشارة إلى أن إرثه هو سبب وجوب النفقة عليه عملا بقاعدة « العزم بالغنم » .

فمن له ثلاثة أخوة أشقاء قادرون فنفقته عليهم أثلاثا .

ومن له أخوات متفرقات شقيقة . ولأب . ولأم . فنفقته عليهن أخماسا على الشقيقة ثلاثة أخماسها وعلى الأخت لأب خمسها وعلى الأخت لأم خمسها ومن له عمة وخال فنفقته عليهما على العمة ثلثاها وعلى الخال ثلثها .

ومن له أخ لأم وخال فنفقته على الأخ لأم فقط لأنه الوارد وحده .

ب – أما إذا كان المستحق للنفقة أقاربه القادرون خليطا من أصوله وحواشيه أو فروعه وحواشيه أو منهم جميعا فهذا تبيين من تجب عليه النفقة منهم من التقسيم الذى ذكره العلامة ابن عابدين فى صفحة ٧٣٧ من الجزء الثانى من حاشيته ونصه(١) :

« لا يخلو إما أن يكون الموجود من قرابة الولاد شخصا واحدا أو أكثر والأول ظاهر وهو أنه تجب النفقة عليه عند استيفاء شروط الوجود » .

والثانى لا يخلو إما أن يكونوا فروعا فقط أو فروعا وحواشى أو فروعا وأصولا أو فروعا وأصولا وحواشى أو أصولا فقط أو أصولا وحواشى فهذه ستة أقسام وبقى قسم سابع تتمة الأقسام العقلية وهو الحواشى فقط نذكره تتميما للأقسام وإن لم يكن من قرابة الولاد .

(القسم الأول) الفروع فقط والمعتبر فيهم القرب والجزئية أى القرب بعد الجزئية دون الميراث كما علمت . « ففى » ولدين لمسلم فقير ولو أحدهما نصرانيا أو أنثى تجب نفقته عليهما سوية « ذخيرة » للتساوى فى القرب والجزئية وإن اختلفا فى الإرث . وفى ابن وابن ابن على الابن فقط لقربه « بدائع » وكذا تجب فى بنت وابن ابن على البنت فقط لقربها « ذخيرة » ويؤخذ من هذا أنه لا ترجيح لابن ابن على بنت بنت وان كان هو الوارث لاستوائهما فى القرب والجزئية ولتصريحهم

(١) ذكرت نص هذا التقسيم ليرجع إليه من أراد .

بأنه لا اعتبار للإرث فى الفروع وإلا لوجبت أثلاثا فى ابن وبنت ولما لزم الابن النصرانى مع الابن المسلم شيء وبه ظهر أن قول الرملى فى حاشية البحر أنها على ابن الابن لرجحانه مخالف لكلامهم .

(القسم الثانى) الفروع مع الحواشى والمعتبر فيه أيضا القرب والجزئية دون الإرث ففى بنت وأخت شقيقة على البنت فقط وإن ورثتا « بدائع وذخيرة » وتسقط الأخت لتقديم الجزئية . وفى ابن نصرانى وأخ مسلم على الابن فقط وإن كان الوارث هو الأخ ذخيرة أى لاختصاص الابن بالقرب والجزئية . وفى ولد بنت وأخ شقيق على ولد البنت وإن لم يرث ذخيرة أى لاختصاصه بالجزئية وإن استويا فى القرب لإدلاء كل منهما بواسطة . والمراد بالحواشى هنا من ليس من عمود النسب أى ليس أصلا ولا فرعا فيدخل فيه ما فى الذخيرة لو له بنت ومولى عتاقة فعلى البنت فقط وإن ورثا أى لاختصاصها بالجزئية .

(القسم الثالث) الفروع مع الأصول والمعتبر فيه الأقرب جزئية فإن لم يوجد اعتبر الترجيح فإن لم يوجد اعتبر الإرث ففى أب وابن تجب على الابن لترجحه بأنت ومالك لأبيك « ذخيرة وبدائع » أى إن استويا فى قرب الجزئية ومثله أم وابن لقول المتون ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد قال فى البحر : لأن لهما تأويلاً فى مال الولد بالنص ولأنه أقرب الناس إليهما . أهـ . فليس ذلك خاصاً بالأب كما يتوهم بل الأم كذلك وفى جد وابن ابن على قدر الميراث أسداساً للتساوى فى القرب وكذا فى الإرث وعدم المرجح من وجه آخر بدائع وظاهره أنه لو له أب وابن ابن أو بنت بنت فعلى الأب لأنه أقرب فى الجزئية فانتفى التساوى ووجد القرب المرجح وهو داخل تحت الأصل المار عن الذخيرة والبدائع وكذلك تحت قول المتون ولا يشارك الأب فى نفقة ولده أحد .

(القسم الرابع) الفروع مع الأصول والحواشى وحكمه كالثالث لما علمت من سقوط الحواشى بالفروع لترجحهم بالقرب والجزئية فكأنه لم يوجد سوى الفروع والأصول وهو القسم الثالث بعينه .

(القسم الخامس) الأصول فقط فإن كان معهم أب فالنفقة عليه فقط

لقول المتون ولا يشارك الأب فى نفقة ولده أحد وإلا فإما أن يكون بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث أو كلهم وارثين ففى الأول يعتبر الأقرب جزئية لما فى القنية له أم وجد لأم فعلى الأم أى لقربها ويظهر منه أن أم الأب كأبى الأم وفى حاشية الرملى إذا اجتمع أجداد وجدات فعلى الأقرب وإن لم يدل به الآخر . أهـ . فإن تساووا فى القرب فالمفهوم من كلامهم ترجح الوارث بل هو صريح قول البدائع فى قرابة الولاد إذا لم يوجد الترجيح اعتبر الإرث . أهـ . وعليه ففى جد لأم وجد لأب تجب على الجد لأب فقط اعتباراً للإرث وفى الثانى أعنى لو كان كل الأصول وارثين فكالإرث ففى أم وجد لأب تجب عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية خانية وغيرها .

(القسم السادس) الأصول مع الحواشى فإن كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ترجيحا للجزئية ولا مشاركة فى الإرث حتى يعتبر فيقدم الأصل سواء كان هو الوارث أو كان الوارث الصنف الآخر مثال الأول ما فى الخانية لو له جد لأب وأخ شقيق فعلى الجد . أهـ . ومثال الثانى ما فى القنية لو له جد لأم وعم فعلى الجد . أهـ . أى لترجحه فى المثالين بالجزئية مع عدم الاشتراك فى الإرث لأنه هو الوارث فى الأول والوارث هو العم فى الثانى . وإن كان كل من الصنفين أعنى الأصول والحواشى وارثا اعتبر الإرث ففى أم وأخ عصبى أو ابن أخ كذلك أو عم كذلك على الأم الثلث وعلى العصبة الثلثان بدائع ، ثم إذا تعددت الأصول فى هذا القسم بنوعيه ننظر إليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر فى القسم الخامس مثلا لو وجد فى المثال الأول المار عن الخانية جد لأم مع الجد لأب نقدم عليه الجد لأب لترجحه بالإرث مع تساويهما فى الجزئية ولو وجد فى المثال الثانى المار عن القنية أم مع الجد لأم نقدمها عليه لترجحها بالإرث وبالقرب وبهذا يسقط الإشكال الذى سنذكره عن القنية كما ستعرفه وكذلك لو وجد فى الأمثلة الأخيرة مع الأم جد لأم نقدمها عليه لما قلنا ولو وجد معها جد لأب بأن كان للفقير أم وجد لأب وأخ عصبى أو ابن أخ أو عم كانت النفقة على الجد وحده كما صرح به فى الخانية ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وابنه والعم . التنزيلة حينئذ منزلة الأب وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجودا حقيقة وإذا كان الأب موجودا حقيقة لا تشاركه الأم فى وجوب النفقة فكذا إذا كان موجودا حكما فيجب على الجد فقط

بخلاف ما لو كان للفقير أم جد لأب فقط فإن الجد لم ينزل منزلة الأب فلذا وجبت النفقة عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية كما مر .

(القسم السابع) الحواشى فقط والمعتبر فيه الإرث بعد كونه ذا رحم محرم وتقديره واضح فى كلامهما كما سيأتى ثم هذا كله إذا كان جميع الموجودين موسرين فلو كان فيهم معسر فتارة ينزل المعسر منزلة الميت وتجب النفقة على غيره وتارة ينزل منزلة الحى وتجب على من بعده بقدر حصصهم من الإرث » انتهى تقسيم ابن عابدين .

زوجة المستحق للنفقة

إذا كان الأب مستحقاً للنفقة على ابنه فنفقة زوجته أيضا تجب على ابنه إذا كان الأب فى حاجة إليها ولا يمكنه أن يستغنى عنها وإذا كان غير محتاج إليها فلا تجب نفقتها على ابنه ولهذا لا يجب على الابن إلا نفقة زوجة واحدة لأبيه لأن الواحدة تندفع بها حاجته .

وأما إذا كان الابن مستحقا للنفقة على أبيه فنفقة زوجته لا تجب على أبيه إلا إذا كان كفيلا بها فإنها تجب نفقتها عليه بمقتضى الكفالة وإنما يؤمر بأداء النفقة المفروضة لها على ابنه ليرجع بها عليه إذا أيسر .

ومثل زوجة الابن زوجة سائر من تجب لهم النفقة .

أما الخادم فإن كان ضرورياً لمستحق النفقة ومن تجب عليه النفقة موسر فهو من النفقة الواجبة لا فرق بين أب على ابنه وابن على أبيه .

مقارنـــة
بين نفقة الزوجة ونفقة الأقارب

الزوجة والقرابة كل منهما موجب للنفقة فبالزوجية تجب نفقة الزوجة على زوجها وبالقرابة تجب نفقة القريب على قريبه .

ولكن النفقة الواجبة بإحداهما تخالف الواجبة بالأخرى من بعض الوجوه والأحكام .

أ - أولاً من جهة علة الوجوب وسببه فعلة وجوب النفقة بالزوجية هو احتباس الزوجة لحق الزوج ومنفعته . ولهذا تجب للزوجة الغنية والفقيرة وللمتحدة ديناً مع زوجها وللمخالفة له فى الدين . وتجب على الزوج غنياً كان أو فقيراً قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه لأنه حيث وجدت الزوجية الصحيحة وجد الاحتباس فوجبت النفقة جزاء له . ويراعى فيه يسار الزوج وعسره لا حاجتها .

وأما علة وجوب النفقة بالقرابة فهى سد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمه ، ولهذا لا تجب لقريب إلا إذا كان محرماً محتاجاً إلى النفقة ولا تجب على قريب محرم إلا إذا كان قادراً عليها بأن كان فى ماله ما يفى بها لأنه إذا كان ماله أو كسبه لا يفى إلا بحاجته لم يكن قادراً على الإنفاق على غيره . ويراعى فيها قدر الحاجة ، ولا تجب مع اختلاف الدين لأن الاختلاف فى الدين يضعف صلة القرابة ولهذا كان من موانع التوارث كما هو من موانع وجوب النفقة ، واستثنى من هذا نفقة الأصول على الفروع ، والفروع على الأصول فإنها تجب مع الاختلاف فى الدين لأن الله سبحانه وتعالى أمر المسلم أن يصاحب أبويه المشركين بالمعروف فى قوله : ﴿ **وصاحبهما فى الدنيا معروفا** ﴾ ومن المصاحبة بالمعروف سد حاجتهما عند الفاقة ، فلهذا تجب على الفرع نفقة أصله وإن خالفه فى الدين . ولأن مال الولد لأبيه فيه شبهة ملك لما ورد فى الحديث « أنت ومالك لأبيك » « وأن ولد الرجل من كسبه » وعلى أساس المساواة فى تبادل الواجبات تجب على الأصل نفقة فرعه إن خالفه فى الدين . بخلاف الأقارب غير الأصول والفروع . فلما كانت الجزئية هى سبب وجوب النفقة مع الاختلاف دينا لتحقق الجزئية وأما من عداهم من الأقارب فسبب وجوب النفقة بينهم الإرث ولا إرث مع اختلاف الدين قال تعالى : ﴿ **وعلى المولود له ..** ﴾ وقال : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ فأشار إلى أن السبب فى الأول التوالد وفى الثانى التوارث .

ب – ثانياً من جهة صيرورتها دينا على من تجب عليه . فنفقة الزوجة التى سلمت نفسها ولو حكما تعتبر دينا صحيحا فى ذمة زوجها من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ولهذا كان للزوجة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها من مدة سابقة على الترافع إذا أثبتت أنه امتنع عن الإنفاق عليها فى تلك المدة مع وجوبه ويقضى بها مستندة إلى مبدأ تلك المدة على أن لا تزيد المدة السابقة على ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى . ودين نفقتها لا يسقطه إلا أداؤه أو الإبراء منه لأنه دين صحيح من كل وجه .

وأما نفقة الصغير فتعتبر دينا على من تجب عليه من وقت القضاء عليه بها . ولهذا لا يطلب الحكم بها عن مدة سابقة على وقت الترافع ولا يقضى بها مستندة إلى تاريخ سابق على القضاء . لأنها لا تصير دينا إلا به ولا تكون بالقضاء دينا صحيحاً من كل وجه بل كما يسقط المتجمد من النفقة المحكوم بها للصغير بالأداء أو الإبراء يسقط بموته أيضا . لأنها صلة والصلات تسقط بالموت .

وأما نفقة سائر الأقارب عدا الصغير فلا تصير دينا على من تجب عليه إلا إذا قضى بها وأذن القاضى باستدانتها واستدانها فعلا المقضى له . ولهذا لا يطلب الحكم بها عن مدة سابقة على القضاء . وإذا قضى بها وتجمد من المحكوم به مبلغ لم يؤد للمحكوم عليه ولم يكن فى الحكم إذن باستدانته أو كان فى الحكم إذن باستدانته ولم يستدنه فعلا المقضى له فإنه يسقط وليس للمحكوم له حق المطالبة به .

ومنشأ هذا هو ما ذكر فى الوجه الأول من أن علة وجوب نفقة الزوجة هو الاحتباس . وعلة وجوب نفقة القريب هو سد الحاجة . فإذا وجد السبب وهو الاحتباس ووجدت الحاجة وجد المسبب وهو وجوب النفقة ووجود الاحتباس دليله العقد الصحيح ووجود الحاجة دليله القضاء بالنسبة للصغير . والقضاء مع الاستدانة المأذون بها بالنسبة لغيره .

جـ – ثالثاً من جهة الاختصاص القضائى . الحكم فى النفقات بأنواعها وأسبابها من اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية المصرية ولكن حكمها فى نفقة

الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على أبيه قد يكون نهائياً إن لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك وقد يكون ابتدائياً إذا زاد المحكوم به أو المطلوب الحكم به على ذلك . وأما حكمها فى نفقة الصغير على غير أبيه كعمه وجده وأخيه وحكمها فى سائر نفقات الأقارب فهو ابتدائى قابل للاستئناف فى كل حال مهما كانت قيمة المحكوم به أو المطلوب ، والسبب فى هذا أن نفقات الأقارب فى شروط استحقاقها وتشعب أحكامها ووجوه الترجيح بين قريب وقريب ما يقضى ضمانا للعدالة بأن تكون قابلة للاستئناف مطلقا ولا كذلك الحال فى نفقة الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على أبيه لأن الزوج والأب لا يشاركهما أحد فى الإنفاق على الزوجة والابن .

د – رابعاً نفقة الزوجة تفرض على حسب حال الزوج يساراً وإعساراً لأنها جزاء عليه يراعى فى فرضه حاله وأما نفقة من عدا الزوجة فتفرض على قدر كفاية من تجب له لأنها لسد الحاجة فيراعى ما يسد الحاجة فقط مما يقدر عليه المحكوم عليه .

الحَجْــر

تعريفه : الحجر لغة المنع . وشرعاً هو المنع من نفاذ العقود والتصرفات القولية . فمن قام به سبب من أسباب الحجر الستة الآتى بيانها منع من أن يباشر عقداً أو تصرفاً قولياً بحيث إذا باشر شيئاً من ذلك لا ينفذ ولا يلزمه حكمه على التفصيل الذى سيذكر لكل محجور عليه .

ومن هذا التعريف يؤخذ أن الحجر إنما يكون عن التصرفات القولية لأنها هى التى يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها وعدم ترتب حكمها عليها فكأنها شرعا لم تكن . أما أفعال الجوارح فلا يتصور الحجر فيها لأن الفعل متى وقع لا يمكن رفعه . وبناء على هذا فالمحجور عليه بأى سبب من أسباب الحجر مؤاخذ بأفعاله وإن كانت لا تنفذ عليه تصرفاته القولية . فإذا أتلف المجنون أو المعتوه أو الصبى مالاً أو نفساً أو ما دونها ضمنوا ما أتلفوه لأن اعتبار الفعل لا يتوقف على

القصد كالنائم إذا انقلب على مال إنسان فأتلفه ضمن وإن عدم القصد[1] . ومتى لزمهم الضمان فإن كان للمتلف منهم مال ألزم الولى عليه بأن يؤدى الضمان من ماله وإذا لم يكن للمتلف مال لا يخاطب بأداء ضمان ما أتلفه إلا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين إلا إذا أيسر .

وهذا إذا لم يكن صاحب المال المتلف هو الذى سلط المحجور عليه على ماله بدون إذن الولى أو الوصى عليه أما إذا أقرض إنسان ماله لمجنون أو معتوه أو صبى أو أى محجور عليه بدون إذن الولى عليه أو أودعه وديعة أو أعاره عارية فهلك القرض أو الوديعة أو العارية أو استهلك فى يد المحجور عليه فلا ضمان عليه والمالك هو المفرط لأنه عرض ماله للضياع وسلط عليه يدا لا تحفظه .

دليله : الأصل الذى بنى عليه الحجر هو قوله تعالى فى سورة النساء : **﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا . وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ﴾** .

نهى الله سبحانه الولاة أن يؤتوا السفهاء أموالهم لأن فى إعطائها لهم تعريضها للضياع وهذا يدل على منع هؤلاء السفهاء من التصرف فيها لأنهم لو نفذت تصرفاتهم فيها لأضاعوها وهى فى يد الولاة ببيعها أو هبتها أو أى تصرف فيها فلا يكون لحبسها عنهم فائدة ولا للنهى عن إيتائهم أموالهم ثمرة .

حكمة تشريعه : لما كان فاقد العقل وهو المجنون والصغير غير المميز ليس أهلا للقصد ولا يتصور منه الرضا . وناقص العقل وهو المعتوه والصبى المميز ليس أهلا لتقدير المصلحة حجر الشارع على كل واحد منهم ومنعه من التصرف فى ماله حتى لا تضيع أموالهم وحتى يحال بينهم وبين من يحتالون عليهم لأخذ أموالهم بالباطل رحمة بهم وصيانة لما لهم ولهذه الحكمة عينها حجر على السفيه وذى الغفلة رحمة بهما وحفظا لما لهما . كما حجر على المدين دفعا للضرر عن دائنيه . وكما

---

(١) ولهذا نصوا على أن الصبى أو المجنون إذا قتل أحدهما إنساناً كان مؤاخذاً بفعله غير أن ليس لواحد منهما عمد بل القتل منهما يعتبر خطأ يوجب الدية على العاقلة .

حجر على الطبيب الجاهل بمنعه من مزاولة مهنته دفعا للضرر عن الأبدان . وعلى المفتى الماجن الذى يعلم الناس الحيل دفعا للضرر عن الأديان . وعلى المكارى المفلس صيانة للأموال ، ففى الحجر على كل من حجر عليهم مصلحة خاصة ومصالح عامة وكلها ترجع إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله وإلى دفع الضرر عنهم وعن الناس . وليس فى الحجر أضرار بأموال المحجور عليهم لأن الشارع جعل عليهم ولاة ماليين يحفظون أموالهم ويستثمرونها بالمعروف وبما فيه نفعهم . ومن لا ولى له من أب أو جد أو وصى أوجب الشارع على القاضى أن يدير شؤون أمواله بما يتفق ومصلحته .

أسبابه : أسباب الحجر ستة : الصغر ، والجنون ، والعته ، والسفه ، والغفلة ، والدين . والأسباب الثلاثة الأولى ترجع إلى فقد الأهلية أو نقصها ولذا كان الحجر بها متفقا عليه بين الإمام وصاحبيه . أما الأسباب الثلاثة الأخيرة فلا ترجع إلى فقد الأهلية أو نقص فيها لأن كلا من السفيه والمدين وذى الغفلة بالغ عاقل لا قصور فى أهليته وإنما عرض لهم ما يقتضى الحجر عليهم دفعا للضرر عنهم وعن الناس . ولكونهم لا قصور فى أهليتهم لم يتفق الإمام وصاحباه على الحجر عليهم فالإمام لا يرى الحجر عليهم . وصاحباه يريان الحجر عليهم .

استدل الإمام بأن الإنسان متى بلغ عاقلا فقد كملت أهليته وكان له بمقتضى كمال أهليته حرية التصرف فى ملكه فالحجر عليه بمنعه من التصرف فى ملكه فيه إضاعة لأهليته وإهدار لآدميته وإلحاق له بالعجماوات وفاقدى الأهلية ولا ينبغى إهدار آدمية الإنسان خوفاً على ماله من الضياع لأنه لا يرتكب الضرر الأعلى اتقاء للضرر الأدنى . فالإمام يحمى أهلية الإنسان وحرية تصرفه إلى أبعد مدى ويرى أن لا يحجر على السفيه وذى الغفلة وإن أضاعا مالهما لأن المال غاد ورائح . كما لا يرى الحجر على المدين ولا يباع ماله عليه جبرا بل يلجأ بالحبس إلى أن يبيع بنفسه ويسدد دينه . ولهذه الفكرة نفسها لا يرى لزوم الوقف لأنه يسلب المالك حرية التصرف فى ملكه .

أما الصاحبان فاستدلا بقول الله تعالى : ﴿ **ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم** ﴾ وهذا النهى عن إعطاء

السفهاء أموالهم يدل على منعهم من التصرف فيها لأنهم لو أبيح لهم التصرف فيها أضاعوها وهى فى يد أوليائهم فضاعت حكمة النهى . وبأن الصبى المميز والمعتوه حجر عليهما مع أن إضرارهما بمالهما محتمل فالسفيه وذو الغفلة أولى بالحجر عليهما لأن إضرارهما بأموالهما محقق . ولأن فى عدم الحجر على المدين إضاعة لحقوق الدائنين واضرارا بهم والضرر مدفوع شرعاً . والمفتى به مذهب الصاحبين .

والمحجور عليهم لفقد الأهلية أو نقصها أو للسفه أو الغفلة خاضعون الآن بمصر فى كل ما يتعلق بالحجر عليهم وبرفع الحجر عنهم وتدبير شؤونهم المالية للمجالس الحسبية بمقتضى المادة ٣ من قانون المجالس الحسبية الصادر فى اكتوبر سنة ١٩٢٥ . أما المدين فالنظر فى تصرفاته والفصل ببطلانها أو عدمه من اختصاص المحاكم الأهلية المدنية فهى التى يطلب منها الدائنون الحكم ببطلان تصرف مدينهم الضار بحقوقهم ومن هذا ما نص عليه فى المادة ٥٣ من القانون المدنى من أنه لا يجوز لأحد أن يوقف ماله أضراراً بمداينيه وأن وقف كان الوقف باطلا .

أثر الحجر : يختلف أثر الحجر فى تصرفات المحجور عليه باختلاف سببه بمعنى أن أثر الحجر فى تصرف الصغير يخالف من بعض الوجوه أثره فى تصرف المجنون أو المعتوه أو السفيه وهذا البيان .

الصغير غير المميز والمجنون : الصغير غير المميز هو الطفل الذى لم تبلغ سنه سبع سنين ولا يفهم ما يترتب على العقود والتصرفات . ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير . والمجنون جنونا مطبقا هو من فقد عقله واستوعب ذلك جميع أوقاته ، هذان فاقدا الأهلية وليس واحد منهما أهلا لأى تصرف سواء كان نافعاً أو ضاراً أو دائراً بين النفع والضرر فكل عقد أو تصرف يباشره أحدهما يكون باطلا غير منعقد لأن عبارة العاقد إنما تعتبر شرعا لما تدل عليه من الرضا والقصد وهذان لا تمييز عندهما فلا رضا لهما ولا قصد .

أما إذا كان المجنون جنونه غير مطبق بأن كان يذهب عقله فى بعض الأوقات ويعود إليه فى بعضها فإن تصرفاته فى وقت ذهاب عقله تكون باطلة

لصدورها من فاقد الأهلية . وتصرفاته فى وقت عودة عقله إليه تكون صحيحة لصدورها من كامل الأهلية .

الصغير المميز والمعتوه : الصغير المميز هو من بلغ سبع سنين . ويفهم ما يترتب على العقود والتصرفات . ويميز الغبن الفاحش من اليسير . والمعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام سيء التدبير لاضطراب عقله ، هذان ناقصا الأهلية وليسا فاقديها لأن أصل الأهلية يكون بالتمييز وهو متحقق فيهما ، ولوجود أصل الأهلية فيهما ونقصها كان حكم تصرف الواحد منهما على ما يأتى :

إن كان تصرفه نافعاً له نفعاً محضاً كقبوله الهبة له أو الوصية صح ونفذ بدون توقف على إجازة وليه . وإن كان تصرفه ضاراً به ضرراً محضاً كتبرعه بشيء من ماله بطل ولا تصححه إجازة الولى لأن الإجازة إنما تلحق الصحيح الموقوف ولا تلحق الباطل . وإن كان تصرفه محتملا النفع والضرر كبيعه وشرائه وتأجيره واستئجاره وسائر معاوضاته صحت وكانت موقوفا نفاذها على إجازة وليه فإن أجازها إجازة معتبرة شرعاً بأن كان التصرف الذى أجازه ليس فيه غبن فاحش نفذ وإن لم يجزه أو أجازه مع أن فيه غبنا فاحشا لم ينفذ فلوجود أصل الأهلية صححنا التصرفَ الدائر بين النفع والضرر ولنقصها جعلناه موقوفا نفاذه على إجازة الولى ليجبر برأيه وتقديره ما نقص من أهلية الصغير المميز أو المعتوه .

السفيه وذو الغفلة : السفيه هو من يبذر ماله ويضيعه فيما لا مصلحة له فيه ولا يرتضيه عقل ولا دين ، وذو الغفلة هو السليم القلب الذى يغبن فى المبايعات ولا يهتدى إلى الرابح من التصرفات .

هذان بالغان عاقلان ليسا فاقدى الأهلية ولا ناقصيها والحجر عليهما على مذهب الصاحبين المفتى به ليس لقصور أهليتهما وإنما هو لدفع الضرر عنهما ودفع الضرر عن الناس بمعاملتهما فإذا وجد من إنسان ما يدل على سفهه أو غفلته حجر عليه ، ولكمال أهليتهما وكون الحجر عليهما إنما هو لحفظ ما لهما كان حكم تصرف الواحد منهما بعد الحجر عليه على ما يأتى :

إن كان تصرفه مما لا يقبل الفسخ ولا يبطله الهزل كان صحيحا نافذاً ولذا

كان زواج كل منهما وطلاقه صحيحا نافذاً لصدوره من كامل الأهلية .

وإن كان تصرفه مما عدا ذلك من التصرفات فحكمه حكم تصرف الصبى المميز والمعتوه فإن كان نافعاً له نفعا محضا صح ونفذ ، وإن كان ضاراً به ضرراً محضاً بطل ولا تلحقه إجازة ، وإن كان محتملا النفع والضرر صح وكان موقوفا على إجازة القيم عليه فإن أجازة ولم يكن فيه غبن فاحش نفذ ، وإن لم يجزه أو أجازه وفيه غبن فاحش لا ينفذ .

مبدأ ثبوت الحجر : ومع اتفاق الصاحبين على الحجر على السفيه وذى الغفلة اختلفا فى أن الحجر هل يثبت بمجرد ظهور دلائل السفه والغفلة ويزول بزوالها أو لا يثبت إلا بصدور قرار بالحجر من الجهة المختصة ولا يزول إلا بصدور قرار منها برفعه .

قال محمد : إن المسبب يدور مع سببه وجوداً وعدماً فإذا وجدت دلائل السفه أو الغفلة يثبت الحجر من حين ظهورها سواء صدر قرار الحجر معها أو بعدها وإذا زالت هذه الدلائل ارتفع الحجر سواء صدر قرار رفعه معها أو بعدها .

وقال أبو يوسف : إن مجرد وجود وقائع السفه أو الغفلة لا يثبت بها الحجر حتى يصدر قرار بالحجر بناء عليها فيكون محجوراً عليه من حين القرار وكذلك مجرد ظهور دلائل الرشد لا يرتفع بها الحجر حتى يصدر قرار برفع الحجر فيكون غير محجور عليه من حين القرار وذلك لأن وقائع السفه أو الغفلة قد تشتبه وقد تقدر وقائع سفه مع أنها ليست كذلك وكذا الحال فى وقائع الرشد ، وإنما الذى يقدر هذه الوقائع ويحكم بأنها أمارات سفه أو أمارات رشد هو القضاء فيناط الحجر أو رفعه بقراره ، وكذلك الحجر بالسفه والغفلة مختلف فيه وإنما يرجحه قضاء الحاكم به . وكذلك إذا اعتبر محجوراً عليه قبل صدور قرار بالحجر عليه كان فى هذا تغرير بالناس الذين يعاملونه بناء على أنه لم يقرر حجر عليه . والعمل جار بمذهب أبى يوسف لأنه أضبط ووجهته أوضح .

وعلى هذا الخلاف فكل تصرفات السفيه وذى الغفلة بعد ظهور أمارات سفهه وغفلته وقبل صدور قرار الحجر عليه تكون على قول أبى يوسف كتصرفات

المطلق غير المحجور عليه . وعلى قول محمد حكمها حكم تصرف المحجور عليه .

وتصرفات المحجور عليه للسفه أو الغفلة بعد ظهور إمارات رشده وقبل صدور قرار برفع الحجر عنه هي كتصرفات الرشيد على قول محمد وكتصرفات السفيه أو ذى الغفلة على قول أبى يوسف .

المدين : إذا طلب الدائنون الحجر على مدينهم فعلى مذهب الصاحبين المفتى به يجابون إلى طلبهم ويحجر على المدين أن يتصرف تصرفاً يضر بحقوق الدائنين بحيث لو باشر تصرفاً فيه إضرار بحقوقهم كان غير نافذ وتوقف على إجازتهم ولهذا لو وقف المحجور عليه للدين فوقفه موقوف نفاذه على إجازة الغرماء فإن أجازوه نفذ ولزم وإن لم يجيزوه بطل . وإذا لم يؤد المدين المحجور عليه ما عليه من الديون فعلى قول الصاحبين للقاضى أن يبيع من أمواله ما يفى بالدين المطلوب منه مراعياً البدء ببيع ما يخشى عليه التلف منها ثم يبيع سائر المنقولات ثم يبيع سائر العقار . ويترك له ما يلزم له ولمن تجب عليه نفقتهم بقدر الكفاية من طعام وكسوة وسكنى .

رفع الحجر : يرفع الحجر عن المحجور عليه متى زال السبب الذى بنى عليه الحجر . فيرفع الحجر عن السفيه إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله . ويرفع الحجر عن ذى الغفلة إذا ظهرت خبرته واهتدى إلى حسن التصرف . وعن المجنون إذا شفى وعاد إليه عقله . وعن المعتوه إذا كملت قواه العقلية وزال اختلاطه . وأما الصغير فما دام دون سبع سنين فهو غير مميز والحجر عليه كلى يشمل كل تصرف ، فإذا بلغ سبع سنين فأكثر فهو مميز والحجر عليه إنما هو فى التصرفات الضارة والدائرة بين النفع والضرر فإذا بلغ الحلم عاقلا وصار رشيداً فلا حجر عليه وله حرية التصرف ولا ولاية لأحد عليه فى نفس ولا مال .

وبلوغ الحلم للبنت والغلام يكون بظهور علامة من علامات البلوغ كالاحتلام والأحبال والحيض فإن لم يظهر على أحدهما شىء من علامات البلوغ فإنه يحكم ببلوغ كل منهما الحلم متى وصلت سنه خمس عشرة سنة على القول المفتى به .

وأما بلوغ الرشد فإنه على ما عليه العمل الآن يكون ببلوغ القاصر أو القاصرة إحدى وعشرين سنة ميلادية وقد جاء فى المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية ما نصه « تنتهى الوصاية أو الولاية على المال متى بلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية إلا إذا قرر المجلس استمرارها . ومع ذلك فمتى بلغ القاصر ١٨ سنة ولم يمنع من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ويكون للقاصر فى هذه الحالة قبض دخله مدة إدارته والتصرف فيه . والتأجير لمدة لا تتجاوز سنة وزراعة أطيانه . وإجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة ويعد القاصر رشيداً بالنسبة إلى هذه التصرفات ويبقى قاصراً فيما عداها ويستمر الوصى فى أداء وظيفته بالنسبة إليه » .

تنبيه : إذا بلغ الصبى الحلم غير رشيد بان قارن سفهه بلوغه منع عنه ماله بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه لأن الله سبحانه شرط لدفع أموال اليتامى إليهم شرطين بلوغ الحلم وإيناس الرشد فى قوله تعالى : ﴿ **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم** ﴾ فمتى بلغ الصبى الحلم سفيها لا يدفع إليه ماله حتى يرشد مهما امتد زمن سفهه ولو بلغ من السن أى مبلغ وهذا قول الصاحبين وأما الإمام فقال إذا بلغ سفيها لا يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فإذا بلغها دفع إليه ماله لأنها مظنة رشده وكافية لتجربته ولا فائدة فى الانتظار بعدها .

فعلى مذهب الصاحبين لا فرق بين من بلغ غير سفيه ثم طرأ عليه السفه وبين من بلغ سفيها كل منهما يمنع من ماله ويحجر عليه أن يتصرف فيه .

وأما على مذهب الإمام فالذى بلغ غير سفيه ثم طرأ عليه السفه لا يمنع من ماله ولا يحجر عليه أن يتصرف فيه . والذى بلغ سفيها يمنع من ماله فهو يفرق بين السفه المقارن والسفه الطارىء .

الولاية على المال

الصغير والمجنون والمعتوه تثبت الولاية شرعاً على أموالهم لستة أشخاص بهذا الترتيب الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضى ثم وصيه .

والسفيه وذو الغفلة تثبت الولاية على أموالهم للقاضى ثم للقيم الذى يعينه – فالصغير ومن فى حكمه من الكبار غير المكلفين لجنون أو عته أو ولاية للقاضى ولا وصية على أموالهم إذا كان لأحدهم أب أو وصيه أو جد أو وصيه ، والسفيه وذو الغفلة الولاية على أموالهم للقاضى أو القيم الذى يعينه ولو كان لأحدهما أب أو جد .

والشرط العام فى ولى المال أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية وأن يكون متحداً فى الدين مع المولى عليه إلا إذا كان الولى القاضى فلا يشترط فيه اتحاد الدين لأن اتحاد الدين إنما يشترط فى الولاية الخاصة أما الولاية العامة وهى ولاية القاضى فلا يشترط لثبوتها اتحاد الدين .

والولاة الستة على أموال الصغار ومن فى حكمهم لكل منهم حدود خاصة لولايته . وهذا البيان .

١ – **ولاية الأب** : إذا كان أبو الصغار ومن فى حكمهم من الكبار غير المكلفين معروفاً بالعدالة أو مستور الحال لا يعرف عنه ما ينفى عدالته فله الولاية على أموالهم لا فرق بين ذكورهم وإناثهم ولا فرق بين أن يكونوا فى حضانة حاضنتهم أو فى يده . وعليه أن يحفظ مالهم ويستثمره . وله أن يتصرف فيه بكل ما فيه حفظه واستثماره فله التجارة فيه . ودفعه لمن يعمل فيه على سبيل المضاربة . وله أن يؤجر منقولاته وعقاراته وأطيانه . وله أن يبيع مال الصغير عقاراً أو منقولا ويشترى للصغير بماله عقاراً أو منقولا بشرط أن لا يكون فى البيع أو الشراء غبن فاحش فإن باع مال الصغير بغبن فاحش بطل البيع ولو أجازه الصغير بعد بلوغه

لأن الإجازة لا تلحق الباطل . وإذا اشترى للصغير بغبن فاحش نفذ الشراء ولكن عليه هو لا على الصغير لأن الشراء متى وجد نفاذاً نفذ ولا ضرر على الصغير فى نفاذه على الأب ، وله أن يرهن مال الصغير بدين عليه أو على نفسه ، وله أن يودعه ويعيره لمن يحفظه ، وله أن يبيع مال نفسه لولده ويشترى مال ولده لنفسه ويرهن ماله لولده ويرتهن مال ولده لنفسه . ويتولى هو طرفى العقد ، وليس له أن يتبرع بمال الصغير فلا يجوز له أن يهب شيئاً منه بغير عوض ولا أن يقرضه ولا يقترضه .

وكل التصرفات النافعة والدائرة بين النفع والضرر التى يقتضيها حفظ المال واستثماره تجوز له مباشرتها فى مال ولده وأما التصرفات الضارة فليس له مباشرتها .

أما إذا كان الأب معروفاً بسوء الرأى وفساد التدبير فله الولاية أيضا على أموال ولده الصغير ومن حكمه من الكبار غير المكلفين ولكنه ليس مطلق التصرف كالأب العدل أو مستور الحال بل لا يجوز تصرفه إلا إذا كان ظاهر النفع فله التصرف النافع نفعا محضا وله التصرف الدائر بين النفع والضرر بشرط التحقق من نفعه بأن يبيع العقار بضعف قيمته ويشتريه بنصف قيمته ويبيع المنقول بزيادة نصف قيمته ويشتريه بنقص ثلث قيمته ، بأن يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر ويشترى ما يساوى خمسة عشرة بعشرة وهذا الاحتياط نتيجته فى الحقيقة قصر تصرف الأب المعروف بفساد التدبير على النافع نفعا محضا لأنه فى الغالب لا يتيسر له تحقيق هذا الشرط فى بيع العقار أو النقول أما إذا كان الأب مبذراً متلفاً مال ولده غير أمين على حفظه فإنه تسلب ولايته وينزع مال ولده الصغير ومن فى حكمه من يده ويعين بدله وصى كما إذا لم يكن له أب .

وعلى هذا العمل الآن بالمجالس الحسبية فالولى الشرعى له سلطة التصرف فى أموال الصغير ومن فى حكمه حسبما هو سائغ له شرعا إلا إذا كان سيىء التصرف بحيث يلحق الضرر بمال الصغير فتحد سلطته ويلزم بالاستئذان فى إجراء التصرفات المحتملة للنفع والضرر المنصوص عليها فى المادة ٢١ من قانون المجالس

الحسبية ، فإن بلغ سوء تصرفه إلى درجة الخطر على أموال ولده تسلب ولايته ويعين وصى بدله .

وهذا نص المادة ٢٨ من قانون المجالس الحسبية التى تقرر ذلك

« لا يجوز الحكم بسلب ما للأولياء الشرعيين من السلطة على أموال الأشخاص المشمولين بولايتهم إلا بناء على طلب النيابة العمومية . وبشرط أن يكون سوء تصرفهم فى أموال المذكورين ملحقا الضرر برأس مالهم نفسه فإذا رأى المجلس أن عدم الثقة بالولى لا يبلغ درجة تبرر سلب جميع سلطته على تلك الأموال ، فله أن يحظر عليه إجراء كل التصرفات المبينة بالمادة الحادية والعشرين أو بعضها بدون إذن خاص » .

٢ – **ولاية وصى الأب** : وهو المسمى الوصى المختار . وهو من يختاره الأب ويوصى إليه أن يكون خلفا عنه بعد موته على أولاده يدير شئونهم ، وهو بهذا الإيصاء تكون له على قصر الموصى ولاية مالية فقط ، ويكون مقدماً على جدهم لأبيهم بحيث لو وجد أبو الأب ووصى الأب كانت الولاية على نفس القصر لجدهم وعلى مالهم لوصى أبيهم .

إقامته : الإيصاء عقد يتم بإيجاب من الموصى ، وقبول من الوصى ، والايجاب يكون بأى لفظ يدل عليه مثل : أوصيت لك بأولادى أو فلان وصى مالى .. والقبول يكون بما يدل على الرضا من قول كأن يقول الوصى : قبلت أو رضيت أو تعهدت ، أو فعل كأن يباشر شأنا من شئون تركة الموصى بعد موته أو يشترى للورثة شيئاً من حاجاتهم أو يقضى بعض ديون الموصى أو يقتضى بعضها .

فمتى صدر الإيجاب من الموصى وهو أهل له باستكماله قواه العقلية تم الإيجاب من جانبه سواء صدر منه فى حال صحته أو مرضه ، ومتى قبل الوصى لزمته الوصاية ، فإن قبلها فى حياة الموصى وعلم بقبوله ، واستمر على هذا القبول حتى مات الموصى كانت الوصاية لازمة له لتمامها من جانبه ، وليس له أن يخرج نفسه إلا إذا جعل له الموصى الحق فى أن يخرج نفسه متى شاء وإن ردها فى حياة الموصى وعلم برده لم تلزمه وبطل الإيجاب حتى لو قبل بعد ذلك لا تتم ، لعدم مصادفة القبول لإيجاب ، وإن سكت فى حياة الموصى ولم يقبل ولم يرد حتى مات

الموصى كان له بعد موته القبول أو الرد . وإذا لزمت الوصى الوصاية بقبوله إياها بعلم الموصى فليس له أن يردها فى حياته إلا بعلمه وليس له أن يردها بعد موته إلا إذا كان له الحق بمقتضى الإيصاء أن يخرج نفسه متى شاء والحكمة فى هذا عدم التغرير بالموصى .

تثبيت الوصى المختار : على ما عليه العمل الآن ليس مجرد اختيار الموصى للوصى المختار عاجلا له حق التصرف فى تركته بعد موته بل لابد من عرض أمر هذه الوصاية على المجلس الحسبى المختص ليقرر تثبيت الوصى فى الوصاية بعد أن يتحقق من لياقته لها واستيفائه الشروط الواجب توفرها فى الوصى وإذا تبين للمجلس أن الموصى اختار للوصاية من لا يليق لعدم استيفائه تلك الشروط يعتبر هذا الاختيار كأن لم يكن ويعين المجلس وصيا من قبله كما إذا مات الموصى ولم يعين وصيا . وإذا ثبته ثم طرأ عليه ما يخل بلياقته عزله وعين غيره وإن رآه عاجزاً عن القيام وحده بشئون التركة ضم إليه غيره .
وأما شرعا فالوصى المختار تكون له الولاية بمجرد تمام عقد الإيصاء .

شروط الوصى : يشترط فى الوصى شرعاً أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية متحدا فى الدين مع المولى عليه . أمينا . حسن التصرف . قادراً على إدارة شؤون التركة . وزاد قانون المجالس الحسبية ألا يكون محكوماً عليه فى جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير . أو فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو غير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف أو النزاهة وألا يكون محكوماً بإفلاسه إلى أن يحكم برد شرفه إليه . وألا يكون قد قرر الأب حرمانه من التعيين من قبل وفاته بإشهاد شرعى أو بكتابة صادرة بخطه . وهذه الشروط التى زيدت فى قانون المجالس الحسبية هى تفصيل لشرط الأمانة وهى تشترط فى الوصى المختار وفى الوصى الذى يعينه المجلس ما عدا الشرط الأخير فإنه خاص بالوصى الذى يعينه المجلس .

تخصيص الوصى المختار : إذا خصص الأب الوصى الذى اختاره بنوع خاص من التصرفات كان اختاره ليكون وصيا فى زراعة أطيانه أو إجارة عقاراته أو تحصيل ديونه قال أبو حنيفة : لا يقبل الوصى المختار التخصيص بل يكون وصياً

عاماً . ولو اختار عدة أوصياء وخصص كل واحد منهم بنوع كان كل منهم وصياً عاماً . وقال أبو يوسف الوصى المختار يتخصص بما خصص به ولا تكون له ولاية على غيره .

ووجه قول الإمام أن الولاية لا تتجزأ فمن ولى تصرفاً ملك الولاية كاملة فى كل أنواع التصرفات . وأن الموصى رضى برأى هذا المختار فى بعض التصرفات فيكون أولى ممن لم يرض برأيه فى تصرف ما ، فتكون ولايته عامة ووجه قول أبى يوسف أن تخصيص الموصى للوصى ببعض التصرفات دليل على أنه لا يثق برأيه فيما عداها ورب امرىء يحسن تصرفا ولا يحسن آخر فجعله وصيا عاما إهدار لمعنى التخصيص وبعد عن غرض الموصى وهو أحرص الناس على شئون تركته - والفتوى على قول أبى حنيفة والظاهر قول أبى يوسف .

تعدد الوصى المختار : إذا أوصى الأب إلى أكثر من واحد فإن نص فى إيصائه على أن لكل منهم أن ينفرد بالتصرفات أو نص على وجوب الاشتراك اتبع ما نص عليه ، وإذا أطلق ولم ينص على اشتراك أو انفراد فأبو يوسف يرى أن لكل منهما أن ينفرد بالتصرفات لأن اختيار كل واحد منهما أكسبه ولاية كاملة . والطرفان يريان أنه يجب عليهما الاشتراك فى التصرفات وإلا ضاع غرض الموصى من تعيين اثنين فأكثر فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف إلا فى المسائل التى لا تقتضى الاشتراك وهذه المسائل ترجع إلى قسمين **الأول** التصرفات التى يخشى من تأخيرها الضرر كبيع ما يخشى عليه التلف وشراء حاجات القصر الضرورية وتجهيز المتوفى وتكفينه **الثانى** التصرفات التى لا يحتاج فيها إلى الرأى كرد الودائع المعروفة إلى أصحابها . وقضاء الديون الثابتة المطلوبة . وتنفيذ الوصية المعينة الصحيحة لمعين .

تصرفات الوصى المختار : إذا كانت التركة مشغولة بدين أو وصية فعليه أن يسدد الدين وينفذ الوصية . وإذا كان الوفاء بالدين يقتضى بيع التركة من منقول وعقار فله بيعها . لأنه فى الحقيقة لا تركة إلا بعد أداء الدين وتنفيذ الوصية الجائزة .

وإذا كانت التركة غير مشغولة بدين أو وصية والورثة كلهم كبار حاضرون فليس للوصى المختار ولاية عليهم لأنهم غير محجور عليهم وكل ما يملكه بمقتضى الوصاية أن يقتضى ديون الموصى . ويقبض حقوقه ويدفعها إلى ورثته . وإن كانوا كلهم كباراً غير حاضرين فله أن يبيع المنقولات فقط إذا رأى أن أثمانها أبقى منها ، وإذا كان الورثة كلهم صغاراً فله أن يتصرف فى أموالهم بما فيه حفظها واستثمارها من إجارة ومضاربة ومزارعة . وليس له أن يتبرع بشىء منها لا هبة ولا وصية ولا صدقة ولا وقفا . وكل ما يملكه الأب من التصرف المالى يملكه وصيه لأنه قائم مقامه إلا أن الأب له أن يبيع مال الصغير عقاراً كان أو منقولاً بثمن المثل أو بغبن يسير ولو لم يوجد أحد المسوغات الشرعية لبيع العقار . وأما وصيه فليس له أن يبيع العقار إلا بمسوغ شرعى ، والمسوغات ترجع إلى قسمين .

الأول : أن يتعلق بالتركة حقوق لا يمكن استيفاؤها إلا ببيع العقار كأن يكون على المتوفى دين أو فى التركة وصية ولا يفى بذلك بيع المنقولات .

الثانى : أن يكون بيع العقار خيراً للصغير من بقائه . كأن يوجد راغب فيه يشتريه بضعف قيمته أو أكثر . أو تكون ضريبته وما يصرف عليه للصيانة أو الزراعة تزيد على غلاته . أو يكون العقار مبنيا وبناؤه آيل إلى السقوط ولا نقود عند الوصى لترميمه وتلافى سقوطه . أو يحتاج القاصر إلى النفقة وليس فى التركة نقود ولا عروض ولا سبيل إلى تدبير نفقته إلا بيع عقاره . أو يخشى على العقار من متسلط يغصبه ظلما ولا يمكن دفعه عنه ولا استرداده منه بعد غصبه . ففى هذه الحالات وأمثالها يكون خير القاصر ومنفعته فى بيع عقاره .

فالوصى المختار من الأب له أن يتصرف فى أموال القصر التصرفات النافعة نفعا محضا كقبض ما يوهب لهم أو يوصى إليهم به ، وقبض ديونهم وتحصيل غلاتهم . وله أن يتصرف التصرفات الدائرة بين نفع القصر وضررهم فله أن يتجر لهم بأموالهم . وله أن يبيع منقولاتهم بمثل القيمة أو بغبن يسير . وله أن يشترى لهم عقاراً أو منقولا بمثل القيمة أو بغبن يسير . وله أن يؤجر ما لهم . وله أن يبيع مال نفسه لليتيم ويشترى مال اليتيم لنفسه ويتولى هو طرف العقد . وللاحتياط ودفع التهمة اشترط فى هاتين الحالتين أن يكون فى البيع والشراء نفع ظاهر للقاصر بأن

يبيع للقاصر العقار بنصف قيمته ويشترى منه العقار بضعف قيمته . وفى غير العقار بأن يبيع له ما يساوى خمسة عشر بعشرة ويشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر . وليس له أن يتصرف فى أموالهم تصرفاً ضاراً فلا يتبرع بشيء من مال الصغار بأى نوع من التبرع ولا يتنازل عن حق ثابت لهم ولا يقر بحق غير ثابت عليهم وغير ذلك مما فيه إضرار ظاهر بالقصر .

ومن هذا يتبين أن تصرفات الوصى المختار تخالف تصرفات الأب فى مسألتين . **الأولى** أن الأب له بيع منقولات أولاده القصر وعقاراتهم بثمن المثل أو بغبن يسير وأما وصيه المختار فله بيع منقولاتهم فقط بثمن المثل أو بغبن يسير . وأما عقاراتهم فليس له بيعها إلا بمسوغ شرعى من المسوغات التى بيناها . **الثانية** أن الأب إذا تولى طرفى العقد بينه وبين ولده بأن باع مال نفسه لولده أو اشترى مال ولده لنفسه فلا يشترط تحقق النفع الظاهر فى المبادلة بالمعنى الذى بيناه بل يكفى أن لا يكون فى المبايعة غبن فاحش . وأما الوصى فإذا تولى طرفى العقد بينه وبين القاصر فلابد من تحقق النفع على ما بيناه . وعلة التفريق واضحة لأن شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لا حاجة معهما إلى ضمان آخر ولا كذلك الوصى فإنه قد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر ولذلك إذا كان بيعه مال القاصر لأجنبى أو شراؤه له من أجنبى لم تشترط الخيرية بالمعنى السابق بل إن كان المبيع منقولا صح بثمن المثل أو بغبن يسير وإن كان عقاراً صح بوجود المسوغ .

٢ – **ولاية الجد** : إذا آلت الولاية للجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا ملك التصرفات التى يملكها الوصى المختار من الأب . إلا أن الجد ليس له أن يبيع شيئاً من التركة لا من عقاراتها ولا منقولاتها لتسديد دين على المتوفى أو تنفيذ وصية له مع أننا قدمنا أن الوصى المختار له أن يبيع التركة كلها من عقار ومنقول إذا اقتضى ذلك إيفاء ما على المتوفى من ديون أو تنفيذ وصاياه . وإنما يملك الجد بيع التركة لقضاء ديون القصر أنفسهم . وبناء على هذا إذا كان على المتوفى دين أو فى تركته وصية والولاية للجد فالدائن أو الموصى له لا يطالب الجد ببيع شيء من التركة لسداد الدين أو تنفيذ الوصية وإنما يرفع الأمر إلى القاضى ليجرى هو بيع ما يفى بالسداد أو التنفيذ . وهذا تفريق لا يظهر له وجه ولذا قال محمد الجد يملك

عند عدم الأب أو وصيه كل ما يملكه الأب من التصرفات ولكن المفتى به هو الأول .

٤ - **ولاية وصى الجد** : إذا اختار الجد وصيا للنظر فى الشئون المالية لأولاد ابنه من بعده كان هذا الوصى المختار من الجد له الولاية المالية التى كانت للجد على مال أولاد ابنه وملك من التصرفات المالية ما يملكه الجد لأنه مستمد ولايته منه . وأحكامه من حيث إقامته . والشروط الواجب توفرها فيه ، وتثبيته من المجلس الحسبى المختص ، وعدم تخصصه بالتخصيص وما يجوز له عند التعدد من الانفراد أو عدم الانفراد هى الأحكام التى قررناها للوصى المختار من الأب .

٥ - **ولاية القاضى ووصيه** : إذا كان فاقدو الأهلية وناقصوها من الصغار ومن فى حكمهم من الكبار غير المكلفين لجنون أو عته ليس لهم ولى شرعى لا أب ولا وصيه ولا جد ولا وصيه تكون الولاية على أموالهم للقاضى وقد حل محل القاضى الآن المجلس الحسبى فمن ليس له ولى شرعى على ماله من القصر ومن فى حكمهم فالولاية الشرعية على أموالهم للمجلس الحسبى المختص وبما أن القاضى قديماً والمجلس الحسبى حالا لا يستطيع أن يباشر شؤون هذه الولاية بنفسه ولا أن يتصرف فى أموال القصر بيده كان لابد أن يعين عنه وصيا يدير شؤون القصر المالية نيابة عنه . وهذا هو الوصى المعين . وهو شرعا متى عين وصارت له الولاية المالية ملك من التصرف المالى ما يملكه الوصى المختار من كل تصرف نافع نفعا محضا أو دائر بين النفع والضرر على ما فصلناه وليس له أن يتصرف أى تصرف مالى ضار بالقصر . إلا أن الوصى المعين يفترق شرعا عن الوصى المختار فى مسائل .

(١) الوصى المختار لا يقبل التخصيص على المفتى به ولكن الوصى المعين يقبل التخصيص فإذا عين وصى لإدارة شؤون الأطيان الزراعية فقط تخصص بها ولم تكن له ولاية على غيرها . لأن ولاية القاضى تتخصص فكذلك ما استمد منها .

(٢) الوصى المختار له أن يبيع مال نفسه للقاصر ويشترى مال القاصر لنفسه بشرط أن تتحقق الخيرية فى المعاوضة بالقدر الذى بيناه ولكن ليس للوصى المعين

أن يعقد هذه المعاوضة لا لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادتهم له كابنه وأبيه لأنه نائب عن القاضى والقاضى لا يملك ذلك لأن فعله قضاء وهو لا يقضى لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادتهم له دفعا للتهمة فمثله من استمد الولاية منه .

(٣) الوصى المختار له ولاية التصرف بنفسه فى حياته وله أن يوصى إلى غيره من بعده ويكون هذا الوصى الثانى وصيا فى التركتين فى تركة الوصى نفسه وفى التركة التى هو وصى فيها . ولكن الوصى المعين لا يملك أن يعين وصيا من بعده على التركة التى هو معين فيها إلا إذا جعل له الحق فى هذا التعيين . لأنه يتخصص بالتركة وبنوع التصرف .

فمما تقدم يؤخذ أن ولاية الأب المالية أشمل من ولاية وصيه المختار . وأن ولاية وصيه المختار أشمل من ولاية الجد وأن ولاية الجد ووصيه حدودهما واحدة وولاية الوصى المعين أضيق الولايات حدوداً . ومنشأ هذا كما قدمنا الاحتياط لمصلحة القصر والتفريق بين ولاية الولى الشرعى ومن اختاره وبين ولاية الأجنبى المعين من قبل القضاء .

ويؤخذ أن تصرفات الولاة الماليين الستة مقيدة بالمصلحة ولذا حظر عليهم كل تصرف ضار بمصلحة الصغير ومن حكمه . وأبيح لهم التصرف النافع والدائر بين النفع والضرر مع وجوه الاحتياط التى فصلناها فى ولاية كل منهم . والأصل فى هذا قوله تعالى : ﴿ **ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن** ﴾ وقوله تعالى : ﴿ **وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا . إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا** ﴾ .

ما عليه العمل الآن : كل ما قدمناه من الأحكام فى الولاية على المال هو ما تقرر فى مذهب الحنفية تحديدا لسلطان الولاية الماليين وبيانا للفروق بينهم .

وقانون المجالس الحسبية الجارى به العمل الآن وهو الصادر فى اكتوبر سنة ١٩٢٥ قد بنى نظام الولاية المالية على أسس هذه الأحكام وزاد بعض ما اقتضته رعاية مصلحة القصر من الأحكام . ونحن نبين بالإجمال ما سنه قانون المجالس الحسبية المذكور . ومنه يتضح أن الخلاف إنما هو فى وسائل الاحتياط .

إذا كان للقصر ولى شرعى أب أو جد صحيح فلا تكون للمجالس الحسبية ولاية على أموال هؤلاء القصر وإنما الولاية لوليهم الشرعى أبيهم أو جدهم . وليس للمجالس الحسبية سلطان على الولى الشرعى فله أن يتصرف فى أموال القصر بكل ما يسوغ له شرعا أن يتصرف فيه . وليس له أن يتصرف ما حظر عليه شرعا . ولكن إذا أساء الولى الشرعى التصرف فى أموال القصر بحيث تكون تصرفاته مضرة بهذه الأموال فإن المجلس يتدخل فى ولايته فإن رأى تصرفات الولى تجعله غير أمين وغير موثوق به قرر سلب ولايته على أموالهم وصار القصر كأنهم لا ولى لهم وعين المجلس الحسبى من يختاره وصيا عليهم . وإذا رأى أن تصرفاته لا تبلغ من السوء . درجة تجعله غير أمين وأن لا مبرر إلى سلب ولايته فله أن يتخذ الاحتياط لتصرفه بحيث يحظر عليه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر « وهى الواردة بالمادة ٢١ » كلها أو بعضها إلا بإذن المجلس « المادة ٢٨ من قانون المجالس الحسبية » أى أنه يعتبر الولى الشرعى الذى هذه حاله بمنزلة الوصى فى التصرفات .

وإذا لم يكن للقصر ولى شرعى كانت الولاية على أموالهم للمجالس الحسبية غير أنه إذا كان الولى الشرعى قد اختار قبل وفاته وصيا على القصر المشمولين بولايته كان على المجلس أن ينظر فى هذا الوصى المختار فإن تبين أنه لائق للوصاية بتوفر شروط الوصى فيه ثبته فيها وكانت له الولاية . وإن رآه غير لائق لها لعدم استيفائه الشروط عين وصيا من قبله وكأن هذا الاختيار لم يكن وإذا لم يكن للولى الشرعى وصى مختار من قبله عين المجلس الحسبى من يشاء ممن استكمل الشروط الواجب توفرها شرعا وقانونا فى الوصى .

والوصى المختار بعد تثبيته والوصى المعين بعد تعيينه سيان فى الخضوع لرقابة المجلس الحسبى . ووجوب تقديمهما الحساب له . وما يجوز لهما من التصرف فى أموال القصر وما لا يجوز .

فالتصرفات الضارة ضرراً محضاً كالهبة : والإقراض ، والإعارة ، والإقرار على الصغير بدين غير ثابت ، والتنازل عن حق ثابت ، وكل ما فيه إخراج شيء من ملك القاصر بغير عوض أو تعريض ماله أو حقه للضياع ليس للوصى مطلقا مختارا كان أو معينا . ولا للقيم على المحجور عليه . ولا للوكيل عن الغائب أن

يباشر شيئا منها وإذا باشر شيئا منها كان تصرفه باطلا بطلانا جوهريا لا تلحقه إجازة المجلس لو أجازه ولا إجازة القاصر بعد بلوغه « مادة ٢٢ من قانون المجالس الحسبية » – وهذا يطابق الحكم الشرعى تمام المطابقة .

والتصرفات النافعة نفعا محضا مثل قبول الهبات والوصايا له . وما يقتضيه استثمار الأعيان وصيانتها وحفظها مثل التأجير للمدة القصيرة التى تقل عن ثلاث سنوات . وتحصيل الإيراد . ودفع الضرائب والديون الثابتة ، وبيع المنقولات التى يكون حفظ ثمنها خيراً من بقائها . وتسجيل العقود وترميم البناء يجوز للوصى مطلقا أن يباشرها من غير توقف على إذن المجلس . وهذا أيضا يطلق الحكم الشرعى تمام المطابقة .

والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر لا يجوز للوصى على القصر ولا للقيم على المحجور عليه ولا للوكيل عن الغائب أن يباشر شيئاً منها إلا بإذن المجلس بحيث إذا باشر شيئاً منها بدون إذنه كان تصرفه باطلا ولكنه بطلان نسبى فلو أجازه المجلس نفذ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق . وهذه التصرفات عدها القانون فى المادة ٢١ وهذا العد ليس حصراً وإنما هو بيان لما يكثر وقوعه وهذا هو ما دون بالمادة ٢١ المذكورة .

(١) شراء العقارات ، أو بيعها أو استبدالها ، أو ترتيب حقوق عينية عليها .
(٢) التصرف بالبيع أو الرهن فى الأوراق المالية .
(٣) تقليل التأمينات المقررة لمنفعة القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب .
(٤) الاعتراف بدين سابق على الوفاة ، أو الحجر ، أو الغيبة .
(٥) الصلح أو التحكيم .
(٦) إجراء القسمة بالتراضى .
(٧) طلب القسمة القضائية عند عدم الاتفاق .
(٨) قبول الهبة إذا كانت مقترنة بشرط .
(٩) التأجير لمدة أكثر من ثلاث سنوات .
(١٠) الاقتراض .

(١١) شراء شيء لأنفسهم من ملك القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب أو بيع شيء من ملكهم لواحد منهم .

(١٢) استئجار ملك القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب .

(١٣) قبول التنازل لهم عن حق أو دين على القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب .

ووجوب الحصول على إذن خاص لمباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر يغاير ما قدمناه من الحكم الشرعى الذى يسوغ هذه التصرفات للوصى المختار والوصى المعين بدون توقف على إذن . ولكن إذا روعى أن الوصى المعين من قبل المجلس الحسبى يستمد ولايته من المجلس وأنه يتخصص بما خصصه به وتتقيد ولايته بالحدود الذى حدها له . وأن الوصى المختار لا يملك الولاية إلا بعد تثبيت المجلس له وهو بهذا التثبيت يتقيد بما قيده به . وأن الشارع أباح التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مع إيجاب احتياطات خاصة فى التصرفات . وأن الغرض من توقف التصرف على إذن المجلس هو التحقق من رعاية هذا الاحتياط وتوفير مصلحة الصغير ومن فى حكمه يتبين أن توقف هذه التصرفات على الإذن لا يخرج عن حدود ما قررته الشريعة من اتخاذ الاحتياط لمصلحة القاصر وأن لا يقرب ماله إلا بالتى هى أحسن . فعلى أساس هذا الاحتياط نص القانون على مالا يجوز للوصى من التصرفات فى المادة ٢٢ . وعلى ما يجوز له بإذن خاص فى المادة ٢١ ، ومفهوم أن ما عدا المنصوص عليه فى المادتين المذكورتين يجوز له مباشرته بدون إذن خاص وهى التصرفات التى ترجع إلى حفظ التركة واستثمارها وجلب النفع للقاصر نفعا محضا .

محاسبة الوصى : إذا بلغ القاصر رشيداً فله أن يحاسب الوصى عن إدارته فى مدة وصايته ومصروفات المحاسبة عليه لأنها فى مصلحته . وإذا كان الوصى معروفا بالأمانة اكتفى منه بالحساب الإجمالى وصدق بيمينه فيما يدعيه من إيراد أو مصروف إذا كان الظاهر لا يكذبه فإن كان الظاهر يكذبه فلا يصدق بيمينه بل لابد من البينة إلا إذا بين سببا مقبولا لمخالفة الظاهر . مثلا إذا قدم الوصى فى الحساب أنه أنفق على القاصر فى الشهر مائة جنيه فى نفقته وكان الظاهر يكذبه فلا

يصدق بيمينه إلا إذا بين سببا مقبولا بأن قال : إن ثيابه سرقت وجدد بدلها أو احتاج إلى علاج استنفد مبالغ كبيرة أو غير ذلك مما يحتمل أن يصرف فيه هذا القدر . وإن كان غير معروف بالأمانة فلا يكتفى منه بالحساب الإجمالى بل لابد من حساب تفصيلى لأبواب الإيراد وأبواب الصرف ويصدق بيمينه فيما لا يكذبه فيه الظاهر من كل تصرف سائغ له شرعاً . وفيما عدا ذلك لا يصدق إلا بالبينة . هذا هو الحكم الشرعى فى محاسبة الوصى وهو مبنى على أنه أمين والأمين يصدق .

أما الذى عليه العمل الآن بمقتضى المادة ٢٤ وما بعدها فإن كل وصى ملزم بأن يقدم حساباً تفصيلياً فى آخر كل سنة إلى المجلس الحسبى التابع له وبأن يرفق بهذا الحساب جميع المستندات التى تؤيده . وملزم بأن يقدم الحسابات النهائية إلى المستحق أو الذى يولى إدارة التركة بدله . فلا تفريق بين وصى مختار ومعين ولا بين معروف بالأمانة وغير معروف بها . واعتماد المجلس الحسبى للحساب المقدم من الوصى لا يمنع ذوى الشأن من الطعن فيه أمام المحاكم المختصة لأن نظر المجلس فى الحساب وتصديقه من باب الرقابة لا من باب القضاء به فهو لا يأخذ قوة الشىء المحكوم به .

أجرة الوصى : للوصى أجرة مثل عمله إن كان فقيراً محتاجاً ، وإن كان غنيا فلا أجر له ، قال تعالى : ﴿ **ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف** ﴾ ولكن لتغير الأيام صار المفتى به أن الوصى مطلقا غنيا أو فقيراً له الأجر إذا أبى أن يعمل إلا بأجر .

والجارى عليه العمل الآن أن الوصى إذا طلب تقدير أجر على عمله يعين له المجلس الحسبى هذا الأجر بمراعاة قيمة الأموال التى يديرها . والعمل الذى استوجبته إدارتها . والفائدة التى عادت على القاصر منها ، ويكون ذلك بقدر الإمكان بتقدير مبلغ معين فى المائة من صافى الإيراد السنوى المتحصل على أن لا يزيد الأجر على كل حال عن ثمانية فى المائة من صافى الريع أو من جملة الإيراد بعد خصم الأموال ومصاريف الزراعة ومصاريف صيانة العقار .

موت الأب أو وصيه مُجَهِّلًا : المراد بموت أحدهما مجهلا أن يموت من غير أن يبين ما للقاصر من عقار ومنقول ونقود وديون وتصرفاته بمقتضى ولايته بيانا

يجعل كل شيء للقاصر معروفا محفوظا . والقاعدة الفقهية أن الأمين ملزم بالحفظ وضامن بالتعدى . وأن إهماله بتجهيله الأمانة نوع من التعدى يكون به ضامنا . ولكن الأب ووصيه مع كون كل منهما أمينا فى مال القاصر الذى تحت يده مستثنيان من هذه القاعدة فإذا مات أحدهما مجهلا مال القاصر فما وجد من هذا المال أخذ وما لم يوجد لا يكون مضموناً فى تركة أحدهما وذلك لأن كل واحد منهما له ولاية التصرف فى مال القاصر فيحتمل أنه اتجر فيه فخسر . أو باع منه شيئا فضاع الثمن . أو تصرف أى تصرف من التصرفات الجائزة له فكانت سببا فى ضياع شيء منه . بخلاف سائر الأمناء فإن عليهم الحفظ وليس لهم التصرف فما لم يوجد من المال الذى تحت يدهم بعد موتهم يكون مضمونا عليهم .

المفقــــود

تعريفه : المفقود شرعاً هو غائب لا يدرى مكانه ولا يعلم أحي هو أم ميت .

إدارة شؤونه : إذا ترك المفقود وكيلا كان قد وكله عنه قبل فقده تستمر وكالة هذا الوكيل ويكون له الحق بمقتضاها فى حفظ أمواله واستثمارها والنظر فى شؤنها من تحصيل غلات وقبض ديون وغير ذلك من كل تصرف يقتضيه الحفظ أو الاستثمار ، ولا يعتبر الوكيل بفقد موكله معزولاً من الوكالة بل يبقى نائباً عنه فى إدارة شؤونه . وليس لورثة المفقود التعرض له ولا لمندوب بيت المال عند عدم وجود ورثة له لأنه مادام لم يحكم بموت المفقود فما له باق على ملكه ووكيله قائم فيه مقامه ولا حق فيه للورثة ولا لبيت المال . ولا يملك هذا الوكيل تعمير عقاراته إلا بإذن القاضى .

.وإذا لم يترك المفقود وكيلا عنه عين له المجلس الحسبى وكيلا يحفظ أمواله ويستثمرها بما فيه المصلحة .

والمجالس الحسبية هى المختصة بتعيين الوكيل فى مال المفقود ومراقبة الوكيل الذى أنابه عنه المفقود قبل فقده ولها الحق فى عزله وتعيين غيره إن رأته غير صالح لادارة المال ولها ضم غيره إليه إن رأته غير قادر عليها وحده . وشأنه فى ذلك شأن الوصى على القاصر والقيم على المحجور عليه .

والمحاكم الشرعية هى المختصة بالحكم بموت المفقود وقسمة تركته بين ورثته وشؤون زوجته .

وتصرفات الوكيل فى أموال المفقود حكمها حكم تصرفات الوصى فى مال القاصر والقيم فى مال المحجور عليه فلا يجوز له التبرع بشىء منه ولا تغييره كما نص على ذلك فى المادة ٢٢ ويجب عليه استئذان المجلس لإجراء أى تصرف من التصرفات الواردة فى المادة ٢١ وما عدا ذلك فهو سائغ له بغير استئذان لأن المواد

المذكورة جعلت حكمها على الأوصياء والقامة . والوكلاء عن الغائبين بغير تفريق بين وصى مختار ومعين وبين وكيل مختار ووكيل معين .

أحكام المفقود : يعتبر المفقود حيا وترتب عليه أحكام الأحياء مادام لم يثبت موته ولم يحكم به . لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره . وعلى هذا لا يفرق بينه وبين زوجته ولا تحل لأحد غيره . ولا يقسم ماله بين ورثته . ولا تفسخ إجارته . وتجب عليه فى ماله النفقة لزوجته ولكل من تجب عليه نفقتهم شرعا . لأنه معتبر حيا فى غيبته فلا ترتب عليه أحكام الموتى فتبقى زوجته على عصمته وماله على ملكه وإجارته قائمة ويبقى أهلا لوجوب النفقة عليه .

ولكن بما أن حياته هذه اعتبارية وليست محققة فلا تترتب عليه الأحكام التى شرطها التحقق من الحياة وعلى هذا لا يرث فعلا من غيره . ولا يستحق فعلا الموصى له به لأن الشرط لاستحقاق الإرث والوصية التحقق من حياة الوارث أو الموصى له بعد موت المورث أو الموصى وبما أن المفقود ليست محققة حياته بل هو معتبر حيا فقط فلا يرث فعلا ولا يستحق الموصى به فعلا ولكن لاحتمال حياته يوقف له نصيبه فى الميراث الذى يستحقه لو كان محقق الحياة ويوقف له الموصى له به فإذا ظهر حيا أخذ الموقوف المحفوظ له لأنه تبين أنه استحقه وإذا لم يظهر حيا وحكم بموته يرد الموقوف من الميراث إلى ورثة المورث وترد الوصية إلى ورثة الموصى لأن المفقود لما لم تظهر حياته كان كأنه عند موت المورث أو الموصى غير موجود فلا حق له فى الإرث ولا الوصية ويكون ما وقف له حقا لورثة المورث أو الموصى .

وهذا معنى قول الفقهاء : يعتبر المفقود حيا فى الأحكام التى تضره وتترتب على ثبوت موته . ويعتبر ميتا فى حق الأحكام التى تنفعه وتضر غيره وتترب على ثبوت حياته .

متى يحكم بموته : أصل المذهب أن المفقود يحكم بموته بالبينة . فإن لم توجد فبموت أقرانه أو بمضى تسعين سنة من تاريخ ولادته .

والجارى عليه العمل الآن فى المحاكم الشرعية وهو مأخوذ من مذهب أبى حنيفة وأحمد ابن حنبل أن المفقود إذا فقد فى حالة يظن معها موته كمن خرج ليقضى حاجة قريبة ويعود ففقد . أو خرج للقتال فى الميدان ففقد فهذا يحكم بموته بناء على طلب ذى الشأن فيه إذا مضت عليه أربع سنين كاملة من حين فقده ولم يعد وبحث عنه فلم يوجد . وإذا فقد فى حالة يظن معها بقاؤه حياً كمن سافر للسياحة أو التجارة أو طلب العلم ففقد فهذا يحكم بموته بناء على طلب ذى الشأن فيه إذا مضت عليه من حين فقده مدة لا يعيش مثل المفقود إلى غايتها وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يوجد . وتقدير هذه المدة موكول إلى رأى القاضى يقدرها بمراعاة سن المفقود وحالته الصحية حين فقده وقد تكون أربع سنين أو أقل أو أكثر .

والفرق بين الحالين أنه لما كان الفقد فى الحالة الأولى على حال يغلب فيها الهلاك حددت أربع سنوات يكون مضيها مرجحاً موته . ولما كان الفقد فى الحالة الثانية على حال يظن معها بقاؤه حيا ترك أمر تقدير المدة التى يحكم بموته إذا مضت إلى القاضى ليراعى سن المفقود وصحته وسائر أحواله . ولزم التحرى فى الحالتين للاحتياط . وقبل صدور الحكم بموته يعتبر حيا على ما قدمنا مهما طالت مدة فقده .

ومتى حكم بموته اعتدت زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بموته . وبعد انقضائها تحل للأزواج . وقسمت تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم بموته . ورد الموقوف له من الإرث أو الوصية إلى ورثة مورثه أو الموصى كما قدمنا .

ومن هذا يتبين أن الحكم بموت المفقود لا يستند إلى تاريخ فقده بالنسبة لإرث غيره منه ولهذا لا يرثه إلا ورثته الموجودون وقت الحكم بموته . أما من ماتوا قبل الحكم فلا يرثون ولو ماتوا بعد فقده . ويستند إلى تاريخ فقده بالنسبة لإرثه من غيره ولهذا يرد النصيب الموقوف من الإرث أو الوصية إلى ورثة المورث أو الموصى كأن المفقود لم يكن موجوداً .

ظهور حياته : إذا حكم بموت المفقود على أى حال كان فقده ثم جاء أو ظهرت حياته بأى دليل . فأما زوجته فهى له ما لم يتزوج بها آخر ويستمتع بها غير عالم بحياة الأول . فإن وجدها كذلك أى تزوجت بآخر وتمتع بها غير عالم بحياة الأول فهى لزوجها الثانى إلا أن يكون عقد عليها فى عدة وفاة الأول وأما ماله فالموجود منه فى أيدى ورثته يأخذه منهم وأما ما استهلكوه منه فهو غير مضمون عليهم لأنهم أخذوه بحكم القاضى . وكذلك الحكم فيما كان موقوفا له من إرث أو وصية ورد إلى ورثة المورث أو الموصى بعد الحكم بموته يأخذ الموجود منه بأيديهم وأما المستهلك فلا ضمان له .

مادة ٢١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى . وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً .

مادة ٢٢ من القانون نفسه « بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم » .

مادة ٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ « إذا جاء المفقود أو لم يجىء وتبين أنه حى فزوجته له ما لم يتمتع بها الثانى غير عالم بحياة الأول فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياة الأول كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول » .

المريض مرض الموت

قدمنا أن مرض الموت هو الذى يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج بيته ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل بيتها . ويغلب فيه الهلاك . ويتصل به الموت . وأن من كان صحيحا ولكن وجد فى حال يغلب هلاكه فيها ثم مات حكمه حكم المريض مرض الموت . ومن هذا يؤخذ أن المرض لو أعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ولكن حصل الشفاء منه لا يعتبر مرض موت وتكون تصرفات

المريض فيه تصرفات الصحيح . وقالوا : إن المريض إذا طالت علته بأن مضت عليه سنة فأكثر من غير تغير وازدياد يعتبر مرضه مرضا لا يغلب فيه الهلاك وتكون تصرفات المريض بعد تطاوله بمضى السنة عليه كتصرفات الصحيح . فلا يمكن الحكم على المريض بأنه مرض موت إلا بعد موت المريض ومادام حيا لا اعتراض لأحد على أى تصرف له لاحتمال أن يبرأ من مرضه فلا يكون مرض موت وتكون كتصرفات الأصحاء .

تصرفاته : بما أن المريض مرض الموت تتعلق بماله حقوق دائنيه وورثته . وهو فى مرضه عرضة للتهمة فى تصرفه . فلا يكون حر التصرف فى ماله بل تكون أحكام تصرفاته على هذا التفصيل المقصود منه المحافظة على حقوق الدائنين والورثة ونفى التهمة .

فأما تصرفاته الإنشائية التى هى معاوضات محضة ليس فيها محاباة فى العوض ولا أى تبرع مثل البيع والإجارة ببدل المثل فهذه نافذة ولا حق لدائن أو وارث فى الاعتراض على تصرف منها لأن ما خرج عن ملك المريض دخل فى ملكه بدله وحقهم إنما تعلق بمالية ملكه لا بخصوص أعيانها فبيعه وإجارته وكل مبادلاته مادامت بثمن المثل فهى نافذة . لكن إذا كان بيعه لأحد ورثته توقف نفاذ البيع على إجازة سائر الورثة نفيا للتهمة ولو كان البيع بثمن المثل[1] .

وأما تصرفاته الانشائية التى هى تبرعات كالهبة والوقف والضمان والمحاباة فى المعاوضات فهى تصرفات تضر بحقوق الدائنين والورثة لأنها تخرج شيئاً من ملك المريض بغير عوض ولذلك يكون حكمها حكم الوصية وإن صدرت منجزة . فإذا وهب المريض مرض الموت أو وقف أو ضمن أو حابى فى مبادلة كان هذا التصرف منه بمنزلة الوصية فإن كان مدينا بدين مستغرق تركته توقف نفاذ تصرفه على إجازة دائنيه . وإن كان غير مدين وتبرعه لوارث توقف نفاذه على إجازة سائر الورثة أياً كان المقدار المتبرع به . وإن كان غير مدين وتبرعه لغير وارث نفذ فى ثلث تركته وتوقف فيما زاد عنه على إجازة سائر الورثة .

---

(١) وهذا قول الإمام والعلة الابتعاد عن الشبهات وعن إيثار بعض الورثة ببعض الأعيان ، وقال أبو يوسف : البيع للوارث بثمن المثل صحيح نافذ لأنه مادام بثمن المثل فلا شبهة .

وإذاً يؤخذ من هذا أن تبرعات المريض مرض الموت سواء صدرت منجزة أو مضافة إلى ما بعد الموت حكمها حكم الوصية . وأما تبرعات الصحيح فإن صدرت مضافة إلى ما بعد الموت فهى وصية . وإن صدرت منجزة فهى نافذة ولا يسرى عليها حكم الوصية .

وأما تصرفه الإخبارى وهو إقراره بحق على نفسه لغيره فإن صدر إقراره هذا لأحد ورثته كما إذا أقر لزوجته بأن لها عليه ألف جنيه أو أقر لأحد أبنائه بمثل ذلك يعتبر هذا الإقرار منه حكمه حكم تبرعه فيتوقف على إجازة سائر ورثته أياً كان مقدار المقربه لاحتمال أنه أراد إيثار بعض الورثة على بعض ولما لم يملك التبرع عمد إلى صورة الإقرار فيرد قصده عليه ويعتبر إقراره لوارثه وصية دفعا للتهمة ، وأما إن كان إقراره لأجنبى فهو صحيح نافذ لأنه لا تهمة فيعتبر مجرد إخبار عن ملك سابق للمقر له لا إنشاء تمليك فى الحال ويستثنى من عدم نفاذ إقرار المريض لوارث إلا إذا أجازه سائر الورثة ثلاث مسائل ؛ الإقرار فى كل واحد منها لم يحدث شيئاً جديداً يجعل المقر موضع تهمة .

الأولى إذ كان للوارث وديعة معلومة عند مورثه المريض فأقر المريض بها نفذ إقراره لأنه لو لم يقر ومات مجهلا للوديعة كانت مضمونة فى تركته لأن الأمين يضمن بموته مجهلا فالإقرار لم يحدث شيئا جديداً .

الثانية إذا كان الوارث عنده وديعة للمورث فأقر المورث فى مرضه بأنه أخذها نفذ لأن الوارث أمين ولو قال : رددتها له . يصدق .

الثالثة إذا كان الوارث وكيلا عن المورث فى قبض ماله من الديون فأقر المورث فى مرضه بأنه أخذ الديون من وكيله نفذ لأن الوكيل أمين ولو قال دفعت إليه ما قبضته يصدق .

ففى هذه المسائل الإقرار لم يحدث شيئا . فعدم تنفيذه لا أثر له وإذا يكون نافذاً والمراد هنا بالوارث الذى لا ينفذ إقرار المريض له من قام به سبب الإرث وقت الإقرار ولم يمنع من إرثه مانع وقت الموت كما إذا أقر لزوجته ومات وهى على عصمته ولم يمنعها من إرثها منه اختلاف دين أو أى مانع . أو أقر لأخيه الشقيق

ولم يوجد عند الموت من يحجبه من الميراث . وغير الوارث هو من فقد فيه الأمران بأن كان أجنبياً وقت الإقرار والموت أو أحدهما بأن وجد فيه سبب الإرث وقت الإقرار ولكن منع من إرثه مانع وقت الموت . أو ورث وقت الموت ولم يكن قام به سبب الإرث وقت الإقرار وهذا بخلاف الوارث فى باب الوصية فإن الوارث هناك من ورث فعلاً وقت موت الموصى سواء قام به السبب وقت الوصية أم لا . وغير الوارث من لا يرث فعلاً وقت موت الموصى .

ديون الصحة وديون المرض : دين المرض هو الدين الذى ثبت على المريض بإقراره فى مرضه بمعنى أنه لم يكن طريق لثبوته غير إقرار المريض به . أما الدين الذى يثبت على المريض بغير إقراره كأن يثبت بالبينة . والدين الذى يثبت على الصحيح سواء كان بإقراره أو بالبينة فهو دين صحة . فالدين يعتبر دين مرض فى صورة ودين صحة فى ثلاث صور .

وبما أن المريض مرض الموت إذا كان مدينا يتعلق حق دائنيه بأمواله فليس له أن يقضى دين بعض غرمائه دون بعض فإن قضى دين بعض دائنيه كان لباقيهم حق الاعتراض حفظاً لحقهم . وهذا إذا كانت الديون كلها ديون صحة أو كانت كلها ديون مرض . وأما إذا اختلفت بأن كان بعضها ديون صحة وبعضها ديون مرض فلا حق لدائن المرض فى الاعتراض على قضاء دين الصحة لأن ديون الصحة مقدمة فى الإيفاء على ديون المرض ولهذا إذا كانت تركة المريض بعد موته لا تفى بسداد جميع ديونه يبدأ بتسديد ديون الصحة فإن وفت بها وفيت . وإن لم تف بها قسمت بين دائنيها قسمة تناسبية . وإن وفت بها وبقى بعد ذلك الإيفاء شىء يفى بديون المرض وفيت وأن لم يف قسم بين دائنيه قسمة تناسبية .

والعلة فى هذا أن دين المرض موضع اتهام فيقدم عليه دين الصحة الذى لا تهمة فيه . وأن الغرماء المتساوين فى ديونهم تتعلق بمال المريض حقوقهم على السواء فلا ينفذ إيثار بعضهم إلا برضا الباقين .

الهبـــة

تعريفها : الهبة فى اللغة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له من مال وغيره . قال تعالى : ﴿ **رب هب لى حكما** ﴾ وقال سبحانه : ﴿ **يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور . أو يزوجهم ذكرانا وإناثا . ويجعل من يشاء عقيما** ﴾ .

وفى اصطلاح الفقهاء هى عقد يفيد تمليك العين فى الحال بغير عوض . فهى من عقود التمليك المجانى والملك وارد فيها قصداً على العين . ومنفعتها تملك تبعا لها . بخلاف الإعارة فإنها تمليك بغير عوض ولكن للمنفعة لا العين . وبخلاف الوصية فإنها تمليك العين أو المنفعة بغير عوض ولكن لا فى الحال بل فيما بعد موت الموصى . وبخلاف البيع والإجارة فإن التمليك للعين فى البيع وللمنفعة فى الإجارة ليس بالمجان وإنما هو فى مقابلة الثمن أو الأجرة .

ركنها : ركنها ركن كل عقد الإيجاب والقبول . فالإيجاب ما صدر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على الرضا . والقبول ما صدر ثانياً من الآخر للدلالة على موافقته والرضا بما رضى به . وقد يكون إيجاب الهبة بلفظ صريح لا يحتمل معنى غير الهبة كقول الواهب وهبتك . تبرعت لك . هذا لك . وقد يكون بلفظ غير صريح يحتمل الهبة وغيرها مثل أطعمتك . نحلتك . فاللفظ الصريح يتم به إيجاب الهبة بدون توقف على نية الواهب أو دلالة الحال . وغير الصريح لا يعتبر إيجاباً للهبة إلا بالنية أو دلالة الحال ، وقد يكون القبول باللفظ كقول الموهوب له قبلت . رضيت . وقد يكون بالفعل وذلك بأن يقبض الموهوب له العين الموهوبة فيقوم قبضه مقام قوله قبلت . غير أن هذا القبض إن كان فى مجلس الإيجاب تم به العقد والملك ولو لم يأذن به الواهب صراحة . وإن كان بعد مجلس الإيجاب لا يعتبر قبولاً إلا إذا أذن الواهب به صراحة . فإذا قال شخص لآخر : وهبتك هذا الكتاب فخذه فإذا تناوله الموهوب له ملكه سواء كان التناول فى مجلس الإيجاب أو

بعده . وإذا قال : وهبتك هذا الكتاب ولم يقل : فخذه فإن تناوله فى مجلس الإيجاب ملكه لأن سكوت الواهب إذن بالقبض دلالة . وإن تناوله بعد مجلس الإيجاب لا يملكه لأنه قبض بغير إذن صراحة ولا دلالة فهو غير معتبر شرعا كما سيجىء .

وهل إيجاب الهبة مثل قبولها كما يكون بالقول يكون بالفعل بمعنى أن المالك إذا سلم شيئاً من ملكه إلى آخر أو أرسل إليه شيئاً منه ودلت القرائن على أنه يتبرع له به هل يكون هذا الإرسال أو الإعطاء أو التسليم هبة بالفعل كالهبة بقول وهبت ؟ الذى يؤخذ من أقوال فقهائنا أنه يكون هبة . فقد نصوا على أن الأب إذا سلم ابنته جهازها الذى جهزها به من ماله ولم يصرح بأنه وهبه لها يعتبر هبة إذا كان العرف يشهد بأنه يوهب . ونصوا على أن الخاطب إذا أرسل إلى مخطوبته حلية أو ثوبا ولم يصرح بأنه من مهرها أو هبة لها يعتبر هبة إذا كانت العادة أن مثل هذا يوهب . ونصوا على أن الأب إذا أنفق على أولاده الأغنياء الذين لا تجب نفقتهم عليه يعتبر متبرعاً ، فالذى يؤخذ من هذا أن إيجاب الهبة كقبولها كما يكون بالقول يكون بالفعل إذا دلت القرينة على إرادة الهبة بهذا الفعل . وهذا استحسان كما صرحوا فى البيع بأنه ينعقد بالتعاطى . والقياس أن العقود إنما تكون باللفظ ولكن قد يقوم الفعل مقام اللفظ بدلالة الحال فيكون التسليم والتناول هبة وقبضا كما يكون التعاطى بيعاً .

وقد يقوم إيجاب الواهب مقام قبول الموهوب له وقبضه فتتم به الهبة كما إذا وهب الأب لولده الصغير أو وهب أى ولى لمن هو فى ولايته فإن عبارة الولى بمنزلة إيجاب منه وقبول عن المولى عليه . ويده نائبة عن يده فإيجابه هو فى المعنى إيجاب وقبول وقبض .

شـــروطها

(١) فى الواهب : يشترط فى الواهب شروط لصحة هبته وشروط لنفاذها بدون توقف على إجازة أحد .

فيشترط لصحة هبته أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ . وأن يكون غير محجور عليه للسفه أو الغفلة . وأن يكون مختاراً غير مكره .

فإن كان فاقد الأهلية وهو المجنون والصغير غير المميز . أو ناقص الأهلية وهو المعتوه والصبى المميز ، أو محجوراً عليه للسفه أو الغفلة ، أو مكرهاً فهبة كل واحد منهم غير صحيحة لأنها صادرة من غير أهل لها لأنهم فريقان فريق لا يتصور منه الرضا أصلاً وهو فاقد الأهلية وفريق لا يتصور منه الرضا الصحيح الذى يعتبر شرعاً رضا وهم الباقون . ولكون هبة الواحد منهم غير صحيحة لا تلحقها إجازة الولى أو القيم . ولا تلحقها إجازة الواهب نفسه بعد كمال أهليته أو رفع الحجر أو الإكراه عنه لأن الإجازة لا تلحق غير الصحيح . فبطلان هبتهم بطلان جوهرى .

ويشترط لنفاذ هبته أن يكون مع توفر شروط الصحة فيه غير محجور عليه للدين . وأن يكون صحيحاً غير مريض مرض الموت . وأن يكون مالكاً للعين الموهوبة .

فإن كان محجوراً عليه للدين فهبته صحيحة موقوفة على إجازة دائنيه مادامت تضر بحقوقهم فإن أجازوها نفذت وإن لم يجيزوها بطلت . وإن كان مريضاً مرض الموت فهبته حكمها حكم الوصية أن كانت لأحد ورثته توقفت على إجازة سائر الورثة أياً كان مقدار الموهوب . وإن كانت لغير وارث نفذت فيما يخرج من ثلث تركته فقط وتوقفت فيما زاد عنه على إجازة الورثة . وإن كان غير مالك لما وهب فهو فضولى وتصرف الفضولى يتوقف على إجازة المالك . ومن هذا هبة الرقيق لأنه غير مالك فتوقف هبته على أجازة المالك .

(٢) فى الموهوب له : يشترط فى الموهوب له أن يكون موجوداً تحقيقاً وقت الهبة له ، وأن يكون معيناً . فإن كان غير موجود كما إذا قال الواهب وهبت دارى لابن فلان ولم يولد لفلان ابن فالهبة باطلة . وكذلك إن كان الموهوب له غير معين معلوم كما إذا قال الواهب وهبت دارى لفلان أو أخيه فالهبة باطلة وذلك لأن الهبة تمليك العين فى الحال ولا تمليك إلا لموجود معلوم يتملك بنفسه أو بوليه والمعدوم والمجهول لا يتملكان بنفسهما ولا بوليهما لأنه لا ولاية لأحد عليهما فلا يتحقق معنى الهبة إذا كان الموهوب له واحداً منهما ، وعلى هذا فالهبة للحمل غير صحيحة لأن الحمل غير موجود تحقيقاً فلا يملك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه وهو حمل إذ الولاية عليه تبتدىء من حين ولادته . بخلاف الوصية للحمل فإنها صحيحة ، وسبب التفريق بينهما أن الهبة تمليك محض فى الحال ولا تتم إلا بالقبض . والحمل لا يمكنه أن يتملك فى الحال ولا أن يقبض لا بنفسه ولا بولى عليه . وأما الوصية فهى تمليك من وجه واستخلاف من وجه ولذا قيل : إنها أخت الميراث ، ولا يشترط لتمامها القبض .

فمتى كان الموهوب له وجوداً تحقيقاً ومعلوماً صحت الهبة له غير أنه إن كان كامل الأهلية فهو الذى يقبل الهبة ويقبضها بنفسه أو بنائبه وإن كان فاقد الأهلية بأن كان مجنوناً أو طفلاً غير مميز فالذى يقبل الهبة له ويقبضها بنفسه أو بوكيله هو الولى المالى عليهما لأنهما ليسا أهلا للقبول والقبض . وإن كان ناقص الأهلية وهو الصبى المميز والمعتوه أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة فالذى يقبل الهبة ويقبضها هو الولى عليهم أو هم بأنفسهم لأن قبول الهبة من التصرفات النافعة نفعاً محضاً فيملكونها بأنفسهم .

(٣) فى صيغة الهبة : يشترط فى صيغة الهبة أن تكون منجزة لا معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأن معناها التمليك فى الحال . والتعليق يجعل التمليك عند وجود المعلق عليه لا فى الحال . وكذلك الإضافة تجعل التمليك حين حلول الزمن المضاف إليه . فلو قال الواهب : وهبت لك كتابى هذا إن نجحت فى الامتحان فهى هبة باطلة ، وكذلك لو قال : وهبت لك كتابى فى أول السنة المقبلة . إلا إذا كان التعليق صورياً بأن كان المعلق عليه محققاً وقت التكلم كما إذا

قال : إن كان هذا الكتاب ملكى فقد وهبته لك وهو فى الواقع ملكه لأن هذه فى الحقيقة صيغة منجزة فى صورة معلقة .

وأما اقترانها بالشرط — فإذا اقترنت الصيغة بشرط صحيح يلائم مقتضى العقد صحت الهبة والشرط كما إذا وهبه كتاباً وشرط عليه أن يهديه هدية عينها . وأما إذا اقترنت بشرط لا يلائم مقتضى العقد فالهبة تصح والشرط يبطل كما إذا وهبه كتاباً بشرط أن لا ينتفع به أو بشرط أن لا يملكه ورثته من بعده .

والعُمْرى هى هبة مقرونة بشرط باطل ولذلك صحت وبطل الشرط . وصورتها أن يقول شخص لآخر وهبتك دارى مدة عمرك أو حياتك فإذا مت أنت فهى رد علىَّ . أو وهبتك دارى مدة عمرى أو حياتى فإذا مت أنا فهى رد على ورثتى ، أو يقول : أعمرتك دارى ، أو دارى لك عمرى فهذه هبة مقرونة بشرط وهو تقييد الملك المقصود بها بوقت هو مدة عمر الواهب أو الموهوب له وهذا الشرط لا يلائم العقد لأن مقتضى عقود التمليك استفادة الملك مطلقاً ولذلك صحت الهبة وبطل الشرط فتكون الدار للمعمر له ولورثته من بعده وأما الرُّقبى فهى هبة معلقة على شرط غير المحقق فى الحال ولذلك كانت باطلة وصورتها أن يقول شخص لآخر دارى لك رقبى إن مت قبلك فهى لك وإن مت قبلى فهى لى كأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه فهذه هبة معلقة على موت الواهب قبل الموهوب له فهى باطلة وحينئذ لا تفيد الملك للموهوب له . ويظل الشىء المرقب على ملك مرقبه ولورثته من بعده ويكون فى يد المرقب له عارية .

فى الشىء الموهوب : يشترط فى الشىء الذى يوهب شروط لصحة هبته وشروط لنفاذها . وشروط تمام ملكيته .

فيشترط فيه لصحة هبته أن يكون وقت عقد الهبة مالاً . متقوما . موجوداً . معلوماً . مملوكاً فى نفسه . سواء كان من العقارات أو المنقولات .

ويشترط فيه لنفاذها أن يكون وقت عقد الهبة مملوكاً للواهب .

ويشترط فيه لتمام ملكيته أن يقبضه الموهوب له .

وهذا تفصيل الإجمال فى هذه الشروط .

كونه مالا : فلو كان الشيء الموهوب ليست له قيمة مالية أصلاً ولا يتمول كالميتة حتف أنفها والدم المسفوح فلا تصح هبته لأن الهبة تمليك ولا تمليك إلا لما له قيمة مالية يتملك .

كونه متقوما : فلو كان الشيء الموهوب غير متقوم فى حق العاقدين أو أحدهما كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلمين فلا تصح هبتهما لأنهما فى حق المسلمين غير محل للملك والتملك والهبة عقد تمليك .

كونه موجوداً : فلو كان الشيء الموهوب معدوماً وقت عقد الهبة فلا تصح الهبة لأنه لا محل للعقد فلو وهب إنسان لآخر فرسا ثم تبين أنها ماتت قبل العقد فالهبة باطلة . ولو وهب لإنسان ما تثمره نخلته هذه السنة . أو ما تلده نعجته هذه المرة . أو ما فى بطن بقرته من حمل . أو ما فى ضرعها من لبن . فلا تصح الهبة فى هذا كله لأن المعدوم فى الحال لا يتحقق فيه معنى الهبة . وكذلك لا تصح الهبة إذا كان الموهوب فى حكم المعدوم فلو وهب لإنسان ما فى هذا البرّ من دقيق أو ما فى هذا اللبن من سمن . أو ما فى هذا القصب من سكر فلا تصح الهبة لأن عين الموهوب غير موجود بشخصه فهو فى حكم المعدوم .

كونه معلوماً : وعلم الموهوب يتحقق بتعيين قدره كما إذا قال : وهبت لك نصف منزلى . أو بتعيين شخصه كما إذا قال : وهبتك كتابى هذا لأن الملكية لا ترد إلا على معلوم فلو كان الشيء الموهوب مجهولاً قدره وشخصه فلا تصح هبته كما إذا وهب إنسان لآخر جزءاً من داره ولم يبين قدره أو وهب له أحد فرسيه ولم يعين أحدهما أو شاة من غنمه ولم يبينها .

كونه مملوكاً فى نفسه : والمراد بهذا كون الشيء الموهوب فى ذاته مما ترد عليه الملكية ويقبل التداول وانتقال ملكيته من يد إلى يد لأنه لو كان مما لا يتملك ولا يقبل التداول لا يتحقق معنى الهبة فيه فلو كان الشيء الموهوب من المباحات كالماء فى النهر والسمك فى البحر والطير فى الهواء فلا تصح هبته لأن المباح وهو مباح لا ملكية لأحد له ولا يرد عليه التمليك . ومن هذا لا تصح هبة المساجد والزوايا لأنها ببنائها مساجد أو زوايا خرجت عن ملك بانيها ولم تدخل فى ملك أحد فصارت غير مملوكة فى نفسها وغير قابلة للتداول .

وأساس هذه الشروط الخمسة أن الهبة عقد تمليك فى الحال فلا بد أن يكون محل العقد وهو الشيء الموهوب مما يملك فى وقت وجوده عقد الهبة وذلك بكونه وقت العقد مالا متقوما موجوداً معلوماً مما يملك ويملك .

كونه مملوكاً للواهب : هذا شرط لنفاذ الهبة لا لصحتها فلو وهب الإنسان ما هو مملوك لغيره فهو فضولى وهبته موقوفة على إجازة المالك فإن أجازها المالك وهو أهل لإجازتها بأن كان أهلا للتبرع نفذت وإن لم يجزها بطلت وكذلك إذا كان المالك غير أهل للإجازة . ولهذا بطلت هبة الولى المالى أى شيء من مال من له الولاية عليه كهبة الأب أو الجد أو الوصى مال الصغير لأن المالك هو الصغير وهو ليس أهلاً للإجازة .

فيلاحظ الفرق بين اشتراط كون الموهوب مملوكاً فى نفسه وبين اشتراط كونه مملوكاً للواهب فإن الأول شرط صحة ويتفرع عليه أن هبة المباحات غير صحيحة . والثانى شرط نفاذ ويتفرع عليه أن هبة المملوك للغير صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة المالك .

قبض الموهوب : قبض الشيء الموهوب ليس شرطاً لانعقاد الهبة ولا لصحتها ولكنه شرط لانتقال الملكية من الواهب إلى الموهوب له فبمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . واستيفاء الشروط التى بيناها فى العاقدين ، وفى صيغة العقد ، وفيما يوهب . ينعقد العقد ويصح . ولكن لا يترتب عليه أثره وهو انتقال الملكية إلا إذا قبض الموهوب له ما وهب له سواء كان عقاراً أو منقولاً . وقبل القبض تبقى العين الموهوبة ملكاً للواهب وأى تصرف له فيها نافذ . ولا يتعلق بها حق للموهوب له . وعللوا ذلك بما ورد من الأثر « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » وبأنه لو ثبت الملك فى الشيء الموهوب بمجرد الإيجاب والقبول قبل القبض ثبت للموهوب له حق المطالبة بتسليمه فينقلب عقد الهبة من عقد تبرع إلى عقد ضمان وفى هذا قلب للمشروع .

وإنما يكون القبض معتبراً شرعاً وتنتقل به الملكية بشرطين : **أحدهما** أن يكون القبض بإذن الواهب . فإن كان الإذن صراحة كما إذا قال الواهب للموهوب له : اقبض ما وهبت لك أو خذه أو تسلمه صح القبض فى مجلس العقد وبعده . وإن

كان الإذن دلالة كما إذا تناول الموهوب له العين الموهوبة على مرأى من الواهب وهو ساكت عن نهيه صح القبض فى مجلس العقد لا بعده . **وثانيهما** أن يتولى القبض الموهوب له إن كان مميزاً أو وليه إن كان غير مميز . أو زوج الصغيرة بعد زفافها إليه لأنه بعد الزفاف يعولها ويقوم على حفظها فيقبض ما يوهب لها .

وقد ينوب القبض القائم وقت الهبة عن تجديد قبض بعدها فإذا أودع علىّ عند محمد وديعة أو أعار له عارية أو غصب محمد من على عينا فقال علىّ : وهبت لك الوديعة أو العارية أو العين المغصوبة وقال محمد : قبلت . فإن محمداً يملك ما وهب له مما تحت يده من وديعة أو عارية أو غصب بمجرد الإيجاب والقبول وينوب قبضه القائم عن قبض يجدده بعد الهبة .

والقبض نوعان : قبض كامل ، وقبض ناقص . فالقبض الكامل يتحقق بحيازة العين الموهوبة مفرزة غير شائعة فى غيرها ولا متصلة به ، والقبض الناقص يتحقق بمجرد التخلية بين الموهوب له والشىء الموهوب . وفى بعض الهبات لا تنتقل الملكية إلا بالقبض الكامل . وفى بعضها قد يكتفى بالقبض الناقص وتنتقل به الملكية . وهذا هو التفصيل .

هبة المفرز المنفصل عن غيره : فإذا كان الشىء الموهوب مفرزا ليس شائعاً فى غيره ولا متصلا به كهبة دار محدودة ليست مشغولة بشىء للواهب أو هبة خاتم معين أو كتاب معين فلا تنتقل الملكية بالهبة فيه إلا إذا قبضه الموهوب له قبضا كاملا بأن يتسلمه ويحوزه لنفسه .

هبة المشاع : وأما إذا كان الشىء الموهوب مشاعاً فى غيره كهبة نصف هذا المنزل أو ربع هذا الحمام أو ثلث هذه الأرض الزراعية . فإن كان المشاع الموهوب بعضه يقبل القسمة كخمسين فدانا وهب خمسها أو منزل كبير وهب نصفه فإنه لا ينتقل الملك فيه إلا بالقبض الكامل أى بالقسمة وإفراز القدر الموهوب وتسليمه للموهوب له وحيازته لنفسه . وإن كان المشاع الموهوب بعضه لا يقبل القسمة كفرس أو منزل صغير فإنه يكتفى بالقبض الناقص وتنتقل الملكية فيه بقبض الموهوب على الشيوع . ووجه التفرقة بين الحالين أنه لما كان المشاع يقبل القسمة كان القبض الكامل ممكننا بالإفراز والحيازة فلا تنتقل الملكية إلا به .

ولكن لما كان المشاع لا يقبل القسمة كان القبض الكامل غير ممكن فاكتفى بالقبض الناقص الممكن وهو القبض على الشيوع والأصل فى هذا أن النص شرط القبض . والقبض عند الإطلاق ينصرف إلى القبض الكامل فحيث أمكن القبض الكامل لا تنتقل الملكية إلا به وحيث لا يمكن يكتفى بالقبض الناقص .

والمراد بما يقبل القسمة ما يبقى منتفعاً بأجزائه بعد القسمة الانتفاع الذى كان منتفعاً به قبلها كعشرة أفدنة من خمسين فدانا أو نصف منزل كبير يقبل أن يقسم منزلين . والمراد بما لا يقبل القسمة ما لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة الانتفاع الذى كان قبلها بأن كان لا يبقى منتفعا به أصلا كحبة من اللؤلؤ لو قسمت لا ينتفع بها أو يبقى منتفعا به ولكن بغير الانتفاع الأول كبقرة أو منزل صغير .

ومن هذا يتبين أن المشاع سواءً أكان يقبل القسمة أم لا يقبلها تصح هبة جزء معين منه وأن شيوع الموهوب فى غيره لا يبطل هبته غير أنه إن كان شائعاً فما يقبل القسمة لا يملك إلا بالقبض الكامل أى بالإفراز ، والحيازة وإن كان شائعاً فيما لا يقبل القسمة ملك بالقبض الناقص وهو قبضه على الشيوع .

هبة المتصل بغيره : إذا كان الشيء الموهوب متصلا بغيره فإما أن يكون اتصال ملاصقة أو اتصال جوار . واتصال الملاصقة إما أن يكون خلقياً كاتصال الزرع بالأرض والثمر بالشجر أو صناعياً كاتصال البناء بالأرض . واتصال الجوار كاتصال الدار بالأثاث الموضوع فيها واتصال الأثاث بالدار والهبة مع هذا الاتصال بكل أنواعه صحيحة ولا تنتقل الملكية بها إلا بالقبض غير أنه فى اتصال الملاصقة بنوعيه الخلقى والصناعى وفى أحد نوعى اتصال الجوار وهو ما إذا كان الموهوب مشغولا بما اتصل به لا تنتقل الملكية إلا بالقبض الكامل أى يفصل الموهوب مما اتصل به وتسليمه للموهوب له وحده . وأما فى النوع الآخر من اتصال الجوار وهو أن يكون الموهوب شاغلاً لما اتصل به فإنه تنتقل الملكية بالقبض الناقص أى بمجرد التخلية بين الواهب والموهوب له . وعلى هذا لو وهب ما فى الأرض من زرع أو وهب الأرض بدون زرعها أو البناء القائم على الأرض أو الأرض المقام عليها البناء ، أو الدار المشغولة بأثاثه أو المكتبة المشغولة بكتبه ففى كل هذا لا يملك الموهوب إلا بفصله مما اتصل به وقبضه وحده . ولو وهب ما فى داره من أثاث أو

فى مكتبه من كتب ملك الموهوب له الموهوب بمجرد التخلية بينه وبينه .

الهبة بشرط العوض : إذا اشترط الواهب على الموهوب له أن يعطيه عوضا عن هبته صح ذلك . ولا يقال إن هذا ينافى كون الهبة تمليكاً بغير عوض لأن معنى كونها بغير عوض أنه ليس شرطاً فى تحققها وجود العوض كالبيع . وهذا لا ينافى أنها فى بعض جزئياتها يشرط فيها العوض . فإذا وهب واحد لآخر كتاباً على أن يهديه كتاباً صحت الهبة والشرط وتكون هبة ابتداء ومعاوضة انتهاء فيشترط فيها ما يشترط فى الهبة ولا تنتقل الملكية إلا بالقبض وإذا تمت روعى فيها أحكام البيع فيملك كل منهما ما أخذه ملكا لازما . وهذا هو مذهب الحنفية وأما غيرهم فقالوا : إن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء فيراعى فيها أحكام البيع من حين العقد لأن العبرة للمعانى لا الألفاظ .

حكم الهبة : إذا تمت الهبة مستوفية أركانها وشروطها وقبض الموهوب له العين الموهوبة ترتب عليها حكمها وهو تملك الموهوب له للعين الموهوبة ولكنه ملك غير لازم لأن الواهب له أن يرجع فى هبته ويعيد إلى ملكه ما وهبه ما لم يمنع من رجوعه أحد الموانع السبعة الآتية .

أما السبب فى أن الواهب له حق الرجوع فلأنه قد يكون أخرج العين من ملكه بغير عوض رغبة فى أن يحقق له غرض من الأغراض الدنيوية فإذا لم يحقق له هذا الغرض كان غير راض بالتمليك فيرجع فيه لأن أساس التمليكات الرضا . وهذا الحكم وتعليله موضع نظر لأن العبرة فى كل عقود التمليكات الرضا وقت العقد وقد اعتبر صدور العقد اختياراً دليلاً على الرضا من غير نظر إلى ما تنطوى عليه نفس العاقد ، فمتى قال الواهب المستوفى الشروط : وهبت . اعتبر راضيا بإخراج العين الموهوبة من ملكه بغير عوض ولا عبرة بما ينويه ولا بما يطرأ بعد ذلك ولهذا كان الرجوع فى الهبة من وجهة الدين والخلق رزيلة تأباها المروءة وكرم الخلق لأن فيه تغريراً بالموهوب له . ونقضاً لالتزام تم من الواهب .

وأما الموانع السبعة التى تمنع الواهب أن يرجع فى هبته فهى المرموز لها بحروف « دمع خزقة » وهى :

(١) الزيادة المتصلة سواء كانت متولدة من الأصل أو غير متولدة فمن وهبت له دابة فسمنت ونمت عنده ، أو وهبت له قطعة أرض فبناها منزلا . أو وهب له منزل ذو طبقتين فبنى عليهما ثالثة فليس للواهب أن يرجع فى هبته لأن الزيادة التى تولدت من الأصل كسمن الدابة أصبحت ملك الموهوب له لأنها نماء ملكه . والزيادة التى زادها الموهوب له كالبناء . هى ملكه أيضا والواهب ليس له الرجوع إلا فى ملكه خاصة وهو الأصل . وفصل الأصل من الزيادة قد يتعذر كما فى سمن الدابة أو يضر الموهوب له كما فى البناء . وإذاً فرجوع الواهب فيما وهب مع طروء هذه الزيادة المتصلة بنوعيها إما متعذر وإما مضر بالموهوب له . فلهذا امتنع رجوعه فى هذه الحال إلا إذا زالت الزيادة فيزول المانع ويعود له حق الرجوع . ومن هذا التعليل يفهم أن الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع . كما إذا وهب له فرس فأسرجه .

(٢) موت أحد العاقدين الواهب أو الموهوب له فإذا مات الواهب فليس لورثته الرجوع فى الهبة لأن الرجوع حق شخصى للواهب مبنى على غرضه وقصده من الهبة فما دام لم يظهر له غرض آخر حتى مات اعتبر راضياً تمام الرضا بما وهب . وإذا مات الموهوب له انتقل الملك فى العين الموهوبة إلى ورثته وليس للواهب الرجوع عليهم لأنهم لم يتلقوا الملك منه بل من مورثهم .

(٣) العوض فإذا كانت الهبة بشرط عوض أداه الموهوب له فليس للواهب الرجوع لأن هذه فى الحقيقة بيع لا هبة ، وكذلك إذا لم تكن الهبة بشرط العوض ولكن الموهوب له من تلقاء نفسه وبدون اشتراط عليه بعد أن تمت الهبة أعطى الواهب شيئاً من ماله فأخذه فسواء كان العوض مشروطاً أو غير مشروط فهو مانع من الرجوع لحديث « الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها » أى ما لم يعوض عنها .

(٤) خروج الموهوب من ملك الموهوب له بأى سبب كالهبة والبيع والوقف لأن الموهوب له تصرف فى ملكه التصرف الجائز له والواهب ليس له نقض هذا التصرف ولا الرجوع إلا فى ملكه على الموهوب له وملكه الآن لغير الموهوب له .

(٥) الزوجية فإذا وهب أحد الزوجين للآخر شيئاً فليس له الرجوع فى هبته لأن هذه الهبة فى معنى الصلة للعلاقة الزوجية وفى الرجوع قطع لهذه الصلة .

(٦) القرابة المحرمية فمن وهب لذى رحم محرم منه فليس له الرجوع حتى لا يكون بهذا الرجوع قاطعاً لمن وصله من ذوى رحمه المحارم .

(٧) هلاك العين الموهوبة فى يد الموهوب له لأن ملك الواهب زال بالهلاك وهو إنما يرجع فى ملكه ولا يضمن الموهوب له مثلها أو قيمتها لأنها هلكت وهى على ملك الموهوب له والمرء لا يضمن ملك نفسه عند هلاكه .

المحاكم المختصة بقضايا الهبة : قضايا الهبة والوصية تتنازع اختصاصها فى مصر المحاكم الشرعية والمحاكم الأهلية . ومنشأ هذا النزاع أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت على أنه ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى أمور منها : مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية . فعلى هذا النص تستند المحاكم الشرعية فى أن قضايا الهبة من اختصاصها ، ولكن روى أن القانون المدنى نص على بعض أحكام الهبة فى مواده وهذا يقتضى أن للمحاكم الأهلية اختصاصاً فى قضايا الهبة تطبق فيه تلك النصوص .

لهذا جرى عمل كثير من المحاكم على توزيع الاختصاص والتفريق بين القضايا المتعلقة بأصل الهبة والقضايا المتعلقة بغير أصلها للتوفيق بين هذه النصوص .

فإذا كان موضوع النزاع انعقاد الهبة وصحتها ونفاذها وأهلية الواهب وغير ذلك مما يرجع إلى أركان الهبة وشروطها فالمختص بنظره المحاكم الشرعية . وأما إذا كان موضوع النزاع الإجراءات الشكلية والتسليم وغير ذلك مما يتفرع من المنازعات فالمختص بنظره المحاكم الأهلية .

ولكون الهبة اعتبرت من الأحوال الشخصية من جهة أن الواهب فى الغالب ينوى بهبته التصدق والقربة فالمرجع فى أحكامها إلى الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه القانون المدنى . فالمختص بقضاياها نوعان من المحاكم ومرجع القضاء الأهلى فى أحكامها إلى مصدرين .

الوصـــية

تعريفها : الوصية عقد يفيد تمليك عين أو دين أو منفعة بلا عوض تمليكا مضافا إلى ما بعد موت الموصى . فهى كالهبة فى أنها من عقود التمليك بغير عوض ولكنها تخالف الهبة من وجهين :

أولهما أن التمليك يستفاد بالهبة فى الحال وأما التمليك المستفاد بالوصية فلا يكون إلا بعد موت الموصى . **وثانيهما** أن الوصية تكون بالعين وبالدين وبالمنفعة والهبة لا تكون إلا بالعين وأما هبة الدين لمن عليه الدين فهى إبراء . وتمليك المنفعة فى الحال بلا عوض فهى إعارة .

ركنها : ركنها الإيجاب من الموصى والقبول من الموصى له . فالإيجاب من الموصى يكون بكل لفظ يصدر منه يدل على التمليك المضاف إلى ما بعد موته بغير عوض مثل أوصيت لفلان بدارى أو بسكناها أو بما لى على فلان من دين . أو وهبت له ذلك بعد موتى أو ملكته بعدى . والقبول يكون من الموصى له بعد موت الموصى لأنه مادام التمليك مسنداً إلى ما بعد الموت فيكون ما بعد الموت هو وقت قبوله وأما فى حياة الموصى فلا تمليك فلا عبرة بالقبول أو الرد حال حياته .

وإذا صدر الإيجاب من الموصى لا يكون ملزما له بل يكون له حق الرجوع عنه مادام حيا لأن الموجب له حق الرجوع عن ايجابه قبل القبول فى عقود المعاوضات فبالأولى يكون له هذا الحق فى عقود التبرعات .

وعلى هذا يجوز للموصى أن يرجع عن وصيته . وهذا الرجوع كما يكون صراحة بالقول مثل أن يقول : عدلت عن وصيتى أو أبطلتها أو رجعت فيها يكون دلالة بالفعل مثل أن يعمد الموصى إلى الشىء الموصى به فيتصرف فيه تصرفا يخرجه عن ملكه كأن يبيعه أو يهبه . أو تصرفاً يغيره ويجعله شيئاً آخر كأن يبنى على قطعة الأرض الموصى بها منزلا أو يخلط الشىء الموصى به بشىء آخر من ملكه بحيث لا يمكن تمييزه أو لا يمكن إلا بعسر كأن يخلط أردب القمح الموصى به بأردب آخر من نوعه أو بأردب من شعير . أو يزيد فى الشىء الموصى به زيادة

لا يمكن تسليمه إلا بها كأن يوصى بدار من طبقتين ثم يبنى عليهما طبقة ثالثة .

فإذا رجع الموصى عن وصيته صراحة أو دلالة بطل إيجابه وليس للموصى له أن يبنى عليه قبولا .

وأما إذا لم يرجع الموصى عن وصيته لا بقول ولا بفعل بل بقى مصراً عليها حتى مات فإن للموصى له الحق فى أن يقبلها وأن يردها . فإن ردها بطلت الوصية وبقى الموصى به على ملك ورثة الموصى . وإن سكت فلم يقبل ولم يرد إلى أن مات اعتبر قابلا وتمت الوصية وملك ورثته العين الموصى بها إلى مورثهم .

ومن هذا يؤخذ أن تمام عقد الوصية من جانب الموصى بأن يصدر منه إيجاب الوصية ويستمر على إيجابه من غير رجوع عنه حتى يموت . ومن جانب الموصى له بأن يقبلها بعد موت الموصى . أو يسكت عن الرد والقبول حتى يموت وهذا إذا كان الموصى له معينا بالشخص حتى يتأتى منه القبول أو الرد . أما إذا كان غير معين بالشخص كمن أوصى لفقراء بلده أو فى أى سبيل للخير فهذه الوصية فى الحقيقة صدقة تتم بالإيجاب وحده من الموصى .

شـــروطها

١ – فى الموصى : يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى أهلا للتبرع بأن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية . وأن يكون مختاراً غير محجور عليه لسفه أو غفلة لأن التبرعات من غير هؤلاء باطلة لا تقبل الإجازة كما بينا فى الهبة . وتستثنى من هذا جزئيتان .

الأولى : تصح وصية الصغير المميز الخاصة بأمر تجهيزه ودفنه مادامت فى حدود المصلحة لأنها من حاجاته .

الثانية : تصح وصية المحجور عليه للسفه فى وجه من وجوه الخير كبناء مستشفى أو تعليم فقراء . فإن كان له وارث وأجازها نفذت من كل ماله وكذا إذا لم يكن له وارث أصلاً . وأما إن كانت له ورثة ولم يجيزوا هذه الوصية فإنها تنفذ من ثلث ماله فقط . والسبب فى صحة وصيته فى سبل الخير أن الحجر على السفيه إنما هو للمحافظة على ماله حتى لا يصرفه فى غير مصلحة ويعيش عالة على غيره وهو بالوصية لا يخرج شيئاً من ملكه حال حياته بل يخرجها بعد مماته إلى وجوه البر التى يكون فى أشد الحاجة إلى المثوبة عليها لا إلى المال . ولهذا السبب صح وقف المحجور عليه للسفه إذا وقف على نفسه ثم على أولاده لأن الحجر إنما هو للمحافظة على أمواله ووقفه بهذه الطريقة يحقق هذه المحافظة .

٢ – فى الموصى له : إذا كان الموصى له معينا يشترط لصحة الوصية له أن يكون موجوداً وقت الوصية تحقيقاً أو تقديراً فإذا قال الموصى أوصيت بدارى لفلان وكان فلان موجوداً وقت إيجاب الوصية صحة الوصية له بحيث إذا مات الموصى مصراً عليها ولم يردها فلان بعد موته ملك الدار الموصى بها . وأما إذا كان فلان ميتا وقت إيجاب الوصية له فلا تصح الوصية .

وكذلك إذا قال الموصى : أوصيت لحمل فلانة وكان الحمل موجوداً فى بطنها وقت إيجاب الوصية له صحت الوصية بحيث إذا مات الموصى مصراً على وصيته ملك الحمل ما أوصى له به . وقدمنا فى الهبة وجه التفريق بين الهبة للحمل والوصية للحمل .

وأما إذا لم يكن الموصي له معيناً بالشخص فيشترط أن يكون موجوداً وقت موت الموصى تحقيقاً أو تقديراً ولا يشترط وجوده وقت الوصية فإذا قال الموصى : أوصيت بدارى لأولاد أخى عليّ ولم يعين هؤلاء الأولاد ومات مصراً على وصيته ملك الدار من يكونون موجودين من أولاد عليّ وقت موت الموصى سواء منهم الموجود تحقيقاً أو تقديراً كالحمل ولو لم يكونوا موجودين وقت إيجاب الوصية .

والتحقق من وجود الحمل وقت الوصية أو وقت موت الموصى يكون بولادته لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو من وقت موت الموصى . وإذا كانت الحامل الموصى لحملها معتدة من طلاق بائن أو وفاة فالتحقق من وجوده بولادته لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة لأنه مادام الشارع حكم بثبوت نسبه فقد حكم بوجوده وقت الوصية له .

ويشترط أيضاً فى الموصى له أن يكون أجنبياً من الموصى وأما إذا كان أحد ورثته فيتوقف نفاذ الوصية له على إجازة باقى الورثة فهذا شرط نفاذ .

ويلاحظ أن المراد بالوارث هنا من يرث الموصى فعلا بعد وفاته ولو لم يقم به سبب الإرث وقت الوصية والأجنبى هو من لم يرث فعلا وقت موت الموصى ولو كان من الورثة وقت الوصية . فإذا أوصى لأجنبية ثم تزوجها ومات وهى على عصمته فهى وارثة لا تنفذ الوصية لها . ولو أوصى لزوجته ثم طلقها وانقضت عدتها ومات وهى ليست على عصمته فهى أجنبية والوصية لها نافذة . وهذا خلاف المراد بالوارث فى إقرار المريض .

ويشترط أيضاً فى الموصى له أن لا يقتل الموصى قتلا محرماً مباشراً لقوله ﷺ : « لا وصية لقاتل » فإذا قتل الموصى له الموصى لا تنفذ الوصية له إلا بإجازة الورثة[1] بشرط أن يكون قتلاً مباشراً ومحرماً سواء كان عمداً أو خطأً وأما القتل بالتسبب كما إذا حفر الموصى له بئراً فى طريق عام فتردى فيها الموصى . والقتل

(١) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وهو مبنى على أن حرمان القاتل هو لحق الورثة ، وقال أبو يوسف : القاتل تبطل الوصية له ولا تلحقها إجازة الورثة لأن من تعجل بالشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه فكما لا إرث لقاتل لا وصيه لقاتل . وقول أبى يوسف هو المعقول . وعلى قوله يكون هذا الشرط شرط صحة لا شرط نفاذ كقولهما .

دفاعاً عن النفس . والقتل من فاقد الأهلية أو ناقصها كالمجنون والصبى والمعتوه فلا يمنع نفاذ الوصية .

ويشترط أيضاً فى الموصى له أن لا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن إزالتها لأنه معها لا يمكن تسليم الموصى به ولا تنفيذ الوصية سواء كان معينا بالشخص مثل أوصيت لفلان أو بالنوع مثل أوصيت لفقراء بلدى أو لطلبة العلم بمعهد كذا ولا يشترط أن يتحد الموصى له فى الدين مع الموصى فتصح وصية المسلم للمسلم ولغيره ، ولا يشترط أن يكون من أهل الاستحقاق فتصح الوصية للملاجىء والمساجد والمدارس وسبل الخير والنفع وتكون الوصية فى هذه الحال صدقة تتم بإيجاب الموصى وحده كما تقدم .

٣ – **فى الموصى به** يشترط فى الموصى به أن يكون بعد موت الموصى قابلاً للتمليك بأى سبب من أسباب الملك فتصح الوصية بكل مال متقوم من الأعيان لأنها تملك بالبيع أو الهبة . ومن المنافع لأنها تملك بالإجارة أو الإعارة وتصح الوصية بما يثمره شجره لأنه يملك بعقد المساقاة . وبما فى بطن بقرته أو نعجته لأنه يملك بالإرث فما دام وجوده محققاً وقت موت الموصى استحقه الموصى له ، وتصح بالدين لأنها فى الحقيقة وصية بالعين التى تقتضى من المدين .

ولا تصح بما ليس مالا كالميتة . وما ليس متقوماً فى حق العاقدين أو أحدهما كالخمر للمسلمين ولا بمعدوم لا يقبل التمليك بأى عقد وقت الوصية كالوصية بما ستلده غنمه .

وكما يصح أن يكون الموصى منه معلوماً كما إذا أوصى الموصى لفلان بألف جنيه أو أوصى له بثلث تركته يصح أن يكون مجهولاً كما إذا أوصى لفلان بجزء من ماله ويكون بيان هذا الجزء حقاً للورثة بعد موت الموصى .

نفاذ الوصية : إذا استوفت الوصية شروطها ومات الموصى مصراً عليها فنفاذها يختلف باختلاف حال الموصى . والموصى به . والموصى له .

فإن كان الموصى وقت الوصية مديناً بدين مستغرق تركته فلا تنفذ وصيته فى قليل من ماله ولا كثير لا لوارث أو لأجنبى إلا إذا أجازها الدائنون وذلك لأن

حق الدائن مقدم على حق الموصى له والوارث فما دامت التركة مستغرقة بالدين فالحق فيها للغرماء لأنه لا وصية إلا بعد سداد الدين ولا تركة إلا بعد سداد الدين وتنفيذ الوصية .

وإن كان الموصى مدينا بدين غير مستغرق تركته فما يعادل الدين من تركته فهو متعلق به حق للدائنين فلا تنفذ وصيته فيه إلا بإجازتهم : وما زاد يعتبر كأنه تركة مستقلة خالية من الدين فتسرى فى تنفيذ الوصية فيه الأحكام الآتية :

وإن كان الموصى غير مدين وليس له وارث نفذت وصيته مطلقا سواء كان الموصى به قليلا أو كثيراً ولو استغرق جميع تركته لأنه ما دام لم يتعلق بالتركة حق لدائن ولا لوارث فوصية الموصى نافذة وليس لأحد الاعتراض على نفاذها وليس لبيت المال اعتراض عليها لأن مرتبته فى الاستحقاق بعد الموصى له . وعلى هذا إذا أوصى شخص لأحد أو لجهة بر بكل ماله ومات وليس عليه دين وليس له وارث استحق الموصى له كل تركته . وإذا أوصى أحد الزوجين للآخر بكل ماله ومات وليس عليه دين وليس له وارث آخر استحق الموصى له كل تركته .

وإن كان الموصى غير مدين وله ورثة فإن كانت وصيته لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة سائر الورثة سواء كان الموصى به قليلاً أو كثيراً لقوله ﷺ : « إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » ولأن فى إيثار بعض الورثة على بعض بطريق الوصية إيغاراً للصدور وتوليداً للأحقاد وقطيعة للرحم . ولكن إذا أجاز الورثة أو بعضهم الوصية لأحدهم نفذت فى حق من أجازوا لأنهم تنازلوا عن حقهم .

وإن كان الموصى غير مدين وله ورثة ووصيته لأجنبى فإن كان الموصى به لا يتجاوز ثلث تركته نفذت الوصية بدون توقف على أجازة أحد . وإن تجاوز الموصى به ثلث تركته نفذت فى الثلث وتوقف نفاذها فيما زاد عنه على إجازة الورثة فإن أجازوا نفذت فيه أيضاً وإن ردوا بطلت فيه ولم يكن للموصى له غير الثلث . وإن أجازها بعضهم وردها بعضهم نفذت فى حق الذى أجاز وبطلت فى حق من لم يجز . فلو أوصى رجل لأجنبى بنصف ماله ومات وله ابنان فإن أجاز

الابنان الوصية استحق الموصى له نصف التركة وورث الابنان النصف الباق لكل منهما الربع . وإن لم يجز الابنان الوصية استحق الموصى له ثلث التركة وورث الابنان الثلثين الباقيين لكل منهما الثلث . وإن أجازها أحدهما ولم يجزها الآخر استحق من أجاز ربع التركة كما لو أجازا معاً واستحق من لم يجز ثلث التركة كما لو لم يجيزا معاً والباق يكون للموصى له . فللمجيز ربع ولغير المجيز ثلث وللموصى له الباق .

وإنما نفذت الوصية للأجنبى فى الثلث فقط وتوقفت فيما زاد على إجازة الورثة لحديث سعد بن أبى وقاص حيث كان مريضاً فعاده الرسول ﷺ فقال : « يا رسول الله أأوصى بكل مالى . قال : لا . قال : أأوصى بالثلثين . قال : لا . قال : أأوصى بالنصف . قال : لا . قال : أأوصى بالثلث . فقال الرسول ﷺ : الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » .

وكل موضع توقف نفاذ الوصية فيه على إجازة الورثة لا تكون هذه الإجازة صحيحة ويترتب عليها أثرها ، وهو نفاذ الوصية إلا بشرطين : **الأول** أن تكون الإجازة بعد موت الموصى لأنه قبل موته لم يثبت للمجيز حق فلا اعتبار لإجازته وعلى هذا لو أجاز بعض الورثة الوصية فى حياة الموصى ثم ردها بعد موته فالعبرة لرده ولا اعتبار لإجازته ، **الشرط الثانى** أن يكون المجيز وقت إجازته من أهل التبرع بأن يكون كامل الأهلية غير محجور عليه لسفه أو غفلة لأن إجازته فى حكم التبرع منه والتنازل عن حقه .

المال الذى تنفذ فيه الوصية : إذا كانت الوصية بغير معين بأن أوصى الموصى بثلث ماله أو ربعه مثلا استحق الموصى له ثلث أو ربع مال الموصى الموجود عند وفاته سواء كان له هذا المال وقت الوصية أو لا لأن التمليك فى الوصية مضاف إلى ما بعد الموت فيتعلق بالمال الموجود وقت التمليك والتملك وإذا كانت الوصية بمعين بأن أوصى الموصى بهذا المنزل أو هذه المكتبة استحق الموصى له عين الموصى به بحيث لو هدم المنزل أو حرقت المكتبة فى حياة الموصى بطلت الوصية لفوات محلها .

الوصية بالمنفعة : تبين من تعريف الوصية أنها كما تكون بالعين تكون بالدين وبالمنفعة ، والوصية بالمنفعة تارة تكون بأن ينتفع الموصى له بنفسه بالعين الموصى بها كما إذا أوصى له بسكنى داره أو بركوب فرسه أو بالقراءة فى كتبه وتارة تكون بأن ينتفع الموصى له بغلة العين الموصى بها كما إذا وصى بأن يستغل الموصى له داره أو أرضه أو أى عين يملكها .

والشرط لنفاذ الوصية بالمنفعة هو الشرط لنفاذ الوصية بالعين فإن كان الموصى له بالمنفعة وارثاً توقف نفاذ الوصية له على إجازة سائر الورثة مهما كانت قيمة العين الموصى بمنفعتها . وإن كان غير وارث نفذت الوصية له بالمنفعة إذا كانت قيمة العين الموصى بمنفعتها لا تتجاوز ثلث التركة . فإن تجاوزت الثلث توقفت فيما زاد عن الثلث على إجازة الورثة وذلك لأن الوصية لغير الورثة بمنفعة عين من الأعيان تحول بين الورثة وبين الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها ولا يجوز للموصى أن يعطل انتفاعهم بأكثر من ثلث ماله إلا بإجازتهم .

وهنا فى الوصية بالمنفعة بحثان : الأول ما الذى يملكه الموصى له بالمنفعة من ضروب الانتفاع . والثانى ما أمد هذا الانتفاع .

أما الأول فإذا نص الموصى فى وصيته على أن للموصى له الحق فى أن ينتفع بالعين الموصى بها بنفسه وأن يستغلها كان له الانتفاع والاستغلال فإن شاء سكن المنزل وإن شاء أجره وانتفع بأجرته .

وإذا نص على أن له السكنى فقط لم يكن له الاستغلال عملا بنص الموصى فله أن يسكن المنزل وليس له أن يؤجره .

وإذا نص على أن له الاستغلال فقط قيل ليس له الانتفاع بنفسه لأن الموصى ملكه أن ينتفع على وجه خاص فليس له غيره . وقيل له الانتفاع بنفسه أيضا لأن تمليك الإنسان المنفعة لغيره فرع عن ملكيته لها إذ لو لم يملكها بنفسه ما أمكنه أن يملكها غيره وهذا الرأى الثانى هو الراجح .

ومذهب الإمام أحمد أن من أوصى له بالانتفاع ملك الاستغلال ومن أوصى له بالاستغلال ملك الانتفاع وهذا مذهب معقول المعنى لأن الموصى ما أراد

بوصيته إلا نفع الموصى له وقد يتعذر على الموصى له أن ينتفع بنفسه لبعد الدار الموصى بها عن محل إقامته أو ضيقها عن حاجته أو لأى سبب فإذا لم يكن له الاستغلال بقيت الدار فى مثل هذه الحالات معطلة وضاع غرض الموصى من نفع الموصى لـه . وهذا الخلاف جار أيضاً فيمن وقف داراً على فلان ليسكنها[1] .

وأما الثانى فإذا أطلق الموصى بالمنفعة وصيته أو نص على الأبد كما إذا قال : أوصيت لفلان بسكنى منزلى أو بسكنى منزلى أبداً كان للموصى له الانتفاع مادام حياً فإذا مات ترد العين الموصى بمنفعتها إلى ورثة الموصى . وإذا حدد مدة كان للموصى له الانتفاع فى المدة المحددة فقط فإذا قال : أوصيت لفلان بسكنى دارى أو محصول أرضى سنة فله ذلك بعد موت الموصى سنة فقط وإذا قال : أوصيت لفلان بسكنى دارى السنة الثالثة بعد مماتى فله السكنى تلك السنة وبعد المدة المحددة تعود العين إلى ورثة الموصى . فالوصية بالمنفعة ينتهى أمدها بانتهاء المدة إذا حددت لها مدة وبانتهاء حياة الموصى له إذا أطلقت عن تحديد مدة أو نص فيها على الأبد . ولا تنتقل المنفعة إلى ورثة الموصى له لأنهم غير موصى لهم بها ولأن المنافع لا تورث وحدها بل تورث تبعاً لإرث الأعيان

حكم الوصية : إذا تمت الوصية باستيفاء ركنها وشروطها ترتب عليها حكمها وهو ثبوت الملك للموصى له فيما أوصى له به فإذا كان موصى له بالعين ملكها ملكية تامة وكان له حق التصرف فيها بجميع التصرفات التى للمالك فى ملكه وتورث عنه بعد مماته . وإذا كان موصى له بالمنفعة ملكها على حسب نص الوصية من حيث نوع الانتفاع وأمده على ما بينا وتكون رقبة العين الموصى بمنفعتها ملكا لورثة الموصى ولكن ملكيتها ناقصة حتى يستوفى الموصى له حقه فى منفعتها . وقد قدمنا أن الموصى مادام حيا له الرجوع عن وصيته لأنه لم يحصل إلا الإيجاب وحده فله العدول عنه لأنه لم يتم العقد . وهذا من الوجهة القضائية . أما من الوجهة الخلقية فمن شرع فى خير فعليه أن يمضى فيه والله يحب العبد إذا عمل

---

(١) وقد أخذنا بمذهب الإمام أحمد فى مشروع الإصلاح لبعض أحكام الوقف وبينا فى مذكراتنا ما فى الأخذ به من مصالح .

عملا أن يتمه وهو سبحانه يمد بمعونته من أراد ويوفقه إلى إتمامه .
والحمد لله على نعمة التوفيق .

قانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٠
خاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية
نحن سلطان مصر . بعد الديباجة – رسمنا بما هو آت

الباب الأول – فى النفقة
القسم الأول – فى النفقة والعدة

مادة ١ – تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

مادة ٢ – المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

مادة ٣ – من تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لا ترى فيها الحيض فإن ادعت أنها رأت الدم فى أثنائها أخرت إلى أن ترى الدم مرة أخرى أو إلى أن تمضى سنة بيضاء وفى الثالثة إن رأت الدم انقضت عدتها وإن لم تره تنقضى العدة بانتهاء السنة .

فإن كانت مرضعا وحاضت فى أثناء الرضاع اعتدت بالأقراء وإن تأخر حيضها بعد انقضاء مدة الرضاع كان الحكم فى تأخر حيضها هو ما تقدم . وفى الحالتين لا تسمع دعوى أن لها عادة فى الحيض لأكثر من سنة(١) .

القسم الثانى – فى العجز عن النفقة

مادة ٤ – إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال . وإن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالا . وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

مادة ٥ – إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى .

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مادة ٦ – تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة فإذا لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة

الباب الثانى – فى المفقود

مادة ٧ – إذا كان للمفقود – وهو من انقطع خبره – مال تنفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضى وتبين الجهة التى يظن أنه سار إليها ويمكن أن يكون موجوداً بها وعلى القاضى أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحقانية لتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة . فإذا مضت مدة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضى ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضى الزوجة فتعتد عدة وفاة أربع أشهر وعشرة أيام . وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره[١] .

مادة ٨ – إذا جاء المفقود أو لم يجىء وتبين أنه حى فزوجته له مالم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى مالم يكن عقده فى عدة وفاة الأول .

---

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

الباب الثالث – فى التفريق بالعيب

مادة ٩ – للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة ١٠ – الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مادة ١١ – يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

الباب الرابع – فى أحكام متفرقة

مادة ١٢ – تسرى أحكام المادة الثالثة من هذا القانون على المعتدات اللاتى حكم لهن بنفقات عدة بمقتضى أحكام نهائية صادرة قبل تنفيذ هذا القانون(٩) .

مادة ١٣ – على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ويسرى العمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

صدر بسراى رأس التين فى ٢٥ شوال سنة ١٣٢٨ (١٢ يوليه سنة ١٩٢٠) .

فؤاد

بأمر الحضرة السلطانية

وزير الحقانية – أحمد ذو الفقار رئيس مجلس الوزراء – محمد توفيق نسيم

---

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

مرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية

نحن فؤاد الأول ملك مصر – بعد الديباجة – رسمنا بما هو آت

١ – الطلاق

مادة ١ – لا يقع طلاق السكران والمكره .

مادة ٢ – لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير .

مادة ٣ – الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

مادة ٤ – كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

مادة ٥ – كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث . والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون والقانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ .

٢ – الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر

مادة ٦ – إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧ و٨ و٩ و١٠ و١١) .

مادة ٧ – يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

مادة ٨ – على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها .

مادة ٩ – إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما . أو جهل الحال . قررا التفريق بطلقة بائنة .

مادة ١٠ – إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

مادة ١١ – على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

٣ – التطليق لغيبة الزوج أو حبسه

مادة ١٢ – إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

مادة ١٣ – إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولا فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة .

وإن لم يكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضرب أجل :

مادة ١٤ – لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

٤ – دعوى النسب

مادة ١٥ – لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من

غيبة الزوج عنها . ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

٥ – النفقة والعدة

مادة ١٦ – تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة .

مادة ١٧ – لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق . كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى عنها زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

مادة ١٨ – لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق . ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق .

٦ – المهر

مادة ١٩ – إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهراً لمثلها عرفا فيحكم مهر المثل .

وكذلك الحكم عن الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما .

٧ – سن الحضانة

مادة ٢٠ – للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك .

٨ - المفقود

مادة ٢١ - يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً .

مادة ٢٢ - بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

مادة ٢٣ - المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨ هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً) .

مادة ٢٤ - تلغى المواد (٣ و٧ و١٢) من القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ التى تتضمن أحكاماً بشأن النفقة ومسائل أخرى متعلقة بالأحوال الشخصية .

مادة ٢٥ - على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

نأمر أن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بسراى عابدين فى ٢٨ رمضان سنة ١٣٤٧ (١٠ مارس سنة ١٩٢٩) .

فؤاد
بأمر حضرة صاحب الجلالة
رئيس مجلس الوزراء
محمد محمود

وزير الحقانية
أحمد محمد خشبه